Wann wird beim Schatzfund des Bürgerlichen Gesetzbuches das Eigentum erworben

---

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde
der Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Rostock

vorgelegt von

Bruno Schmücker
Gerichtsassessor aus Stendal

Universitätsverlag von Robert Noske in Borna-Leipzig
1933

Referent: Prof. Dr. Henle

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern

Inhalt.

Seite

A. Einleitung 1
B. Überblick über die geschichtliche Entwicklung des Schatzrechtes 2
I. Das Römische Recht 2
a) Die Zeit der Republik 2
b) Die Kaiserzeit 2
II. Das Deutsche Recht 3
a) Das Mittelalter 3
b) Neuere Zeit 4
III. Zusammenfassung 5
C. Die Auffassungen über die Rechtsnatur des Schatzerwerbes vor Erlaß des BGB 5
I. Die Okkupationstheorie 5
II. Die Akzessionstheorie 6
III. Erwerb kraft Gesetzes (titulus ex lege) 6
IV. Schlußfolgerung 7
D. Wann tritt der Eigentumserwerb nach dem BGB. ein? 8
I. Erst mit der Besitzergreifung? 9
Ist die Besitzergreifung
a) rechtsbegründendes Tatbestandsmerkmal? 9
aa) Die Entwicklungsgeschichte der Gesetzesbestimmung 10
bb) Schlußfolgerung 12
b) Entscheidende Tatsache eines mit der Entdeckung begründeten Anwartschaftsrechtes? 15
aa) Das Anwendungsgebiet der Anwartschaft 15
bb) Schlußfolgerung 17
c) „Bedingung“ des Eigentumserwerbes? 17
d) Entscheidende Tatsache eines mit der Entdeckung entstehenden ausschließlichen Aneignungsrechtes? 20
II. Schon mit der Entdeckung? 23
a) Die verschiedenen Meinungen 23
b) Schlußfolgerung 25
E. Die rechtliche Konstruktion der Gesetzesbestimmung 26
I. Der Ausgangspunkt 26
II. Die Rückwirkung 27
a) Die Fiktionstheorie 27
b) Die Pendenztheorie 29
III. Das Ergebnis 32

Schrifttum.

André, Die Lehre vom Schatz. Diss. Berlin 1884.
Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 14. Aufl. München 1882.
Bekker, System des heutigen Pandektenrechts. Weimar 1886—1889.
Bernhöft, Zur Lehre von den Fiktionen. Sonderausgabe aus der E. I. Bekker zum 16. 8. 1907 gewidmeten Festschrift: Aus römischem und bürgerlichem Recht. Weimar 1907.
Bierling, Juristische Prinzipienlehre. Bd. 2. Freiburg u. Leipzig 1898.
Biermann, Bürgerliches Recht 1. Bd. Allgemeine Lehren und Personenrecht. Berlin 1908.
— Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Buch: Sachenrecht. 3. Aufl. Berlin 1914.
Binder, Rechtsbegriff und Rechtsidee. Bemerkungen zur Rechtsphilosophie Rudolf Stammlers. Leipzig 1915.
Braun, Der Schatzerwerb. Diss. Greifswald 1898.
Brecht, Bedingung und Anwartschaft. In Jherings Jahrbüchern Bd. 61 S. 263 ff.
Brieger, Voraussetzungen des Schatzfundes. Diss. Breslau 1927.
Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 1. Erlangen 1884.
Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. u. 2. Bd. 8. Aufl. Jena 1927.
Crome, System des bürgerlichen Rechts. Bd. 1—3. Tübingen 1905.
Czyhlarz, Die Eigentumserwerbsarten des Pandektentitels. Separatausgabe von Glücks Pandektenkommentar. Serie der Bücher 41—42, Teil 1. Erlangen 1887.
Delbrück, Vom Finden verlorener Sachen. In Jherings Jahrbüchern Bd. 3 S. 1 ff.
Dernburg, System des römischen Rechts. 8. Aufl. Berlin 1911.
— Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 3. Aufl. Halle 1904.
— Die allgemeinen Lehren und das Sachenrecht des Privatrechts Preußens und des Reichs. Bd. 1. 4. Aufl. Halle 1884.
— Kritik über die römische Lehre der dinglichen oder Sachenrechte von Sell. In der Heidelberger Zeitschrift Bd. 1 S. 48. Heidelberg 1853.
Diedrichs, Schatzerwerb nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Göttingen 1921 (Maschinenschrift).
Eck, Gutachten über die Frage: Wie ist die Behandlung gefundener Sachen zivilrechtlich einheitlich zu regeln. In den Verhandlungen des 16. Deutschen Juristentages. Bd. 1 S. 41 ff. Berlin 1882.
Eisele, Die Lehre von der conditio juris. Im ArchZivPrax. Bd. 54 S. 109 ff.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. u. 2. Bd. 8.—9. Aufl. Berlin 1905.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I. Allgem. Teil. 13. Aufl. Marburg 1931.
— Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. Marburg 1889.
— Über Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung. Göttingen 1871.

Entwurf, Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. 1. Lesung. Amtliche Ausgabe. Berlin u. Leipzig 1888.
Feder, Die rechtliche Natur der Aufrechnung. In der Zeitschrift für Handelsrecht. Bd. 54 S. 434 ff.
Fischer-Henle, Handausgabe zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 14. Aufl. Mannheim 1932.
Fitting, Über den Begriff der Rückziehung. Erlangen 1856.
Flatau, Die Zwangsvollstreckung in Leihmöbel. Berlin 1909.
Fuchs, Das gesetzliche Pfandrecht an bedingt übereigneten Sachen. Im ArchBürgR. Bd. 34 S. 368 ff.
Genzmer, Die Grenzen der rückwirkenden Kraft der Ehevernichtung im Privatrecht und im öffentlichen Recht. Im Arch. f. Rechtsphilosophie. Bd. 16 S. 414 ff.
v. Gierke, Julius, Bürgerliches Recht und Sachenrecht. 2. Aufl. Berlin 1928.
v. Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht. Bd. 2: Sachenrecht. Im Handbuch für die deutsche Rechtswissenschaft. Leipzig 1905.
Gimmerthal, Über den Eigentumserwerb am Schatze. Im ArchZiv. Prax. Bd. 51 S. 63 ff.
Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 2: Sachenrecht. Berlin 1912.
Güthe, Bedarf es einer Gesetzesänderung, um den Bauhandwerkern genügenden Schutz zu gewähren. In der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins 1907 S. 77 ff.
Heilfron, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 3: Sachenrecht. 4. Aufl. Berlin 1911.
Hellmann, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch. Freiburg 1897.
Hellwig, Grenzen der Rechtskraft. Leipzig 1901.
— Grenzen der Rückwirkung. Sonderdruck aus der Festschrift der Jurist. Fakultät Gießen 1907.
Henle, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1926.
Hennings, Altertumsfunde, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Schatzrecht des BGB. und zur Frage der Gesetzgebung betr. Denkmalpflege. Diss. Rostock 1911.
Herbig, Das Schatzrecht. Diss. Leipzig 1902.
Heydemann, Einleitung in das System des preußischen Zivilrechts. Leipzig 1867/68.
v. Kamptz, Handbuch des mecklenburgischen Zivilrechts. 1824.
Kapler, Begriff und Wesen der conditio juris. Diss. Berlin 1889.
Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. Berlin 1877.
Koch, Kommentar zum allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten. Bd. 1. 8. Aufl. Berlin u. Leipzig 1884.
Köchy, Über die Erwerbung des Eigentums der gefundenen Schätze nach gemeinen und sächsischen Rechten. Zivilistische Erörterungen Bd. 1 S. 158 ff. Leipzig 1797.
Kohler, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. Bd. 1 u. 2 Abs. 2. Berlin 1904.
Kretzschmar, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 3. Buch: Sachenrecht. 2. Aufl. Berlin u. Leipzig 1922.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. 2. Teil. Berlin 1899.
Langewort, Schatzfund und Altertumsfund im Recht. Diss. Erlangen 1931.
Leonhard, Zukünftige und gegenwärtige Rechte. Im Arch. f. Rechtsphilosophie. Bd. 10 S. 140 ff.

Mahnke, Schatzerwerb nach BGB. Diss. Greifswald 1900.
Mansfeld, Das Schatzrecht. Eine rechtsvergleichende Betrachtung. Diss. Göttingen 1924.
Matthiae, Schatzfund. Diss. Greifswald 1898.
Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 6.—7. Aufl. Berlin 1914.
Mayer, Die Pfändung von Eigentümerhypotheken. In Gruchots Beiträgen Bd. 56 S. 524 ff.
Meisner, Das Sachenrecht, Kommentar zum 3. Buch des Bürgerlichen Gesetzbuches. Breslau 1901.
Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht. Wien 1885.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 3: Sachenrecht. Amtliche Ausgabe. Berlin u. Leipzig 1888.
Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1. Allgem. Teil. 3. Aufl. Berlin 1927.
— Die Rechtsbedingung. Leipzig u. Erlangen 1924.
Ohmeyer, Verfügung über künftige Rechte. Leipzig u. Wien 1909.
Pagenstecher, Römische Lehre vom Eigentum. 2. Abt. Heidelberg 1857—1859.
Pappenheim, Eigentumserwerb an Altertumsfunden. In Jherings Jahrbüchern. Bd. 45 S. 141 ff.
Peters, Der Finder und Entdecker im Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. Rostock 1908.
Philipsborn, Begriff und Anwendungsfälle der Rückwirkung. In Gruchots Beiträgen Bd. 64 S. 10 ff.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Sachenrecht. 4. Aufl. Berlin u. Leipzig 1920.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. 3. Berlin 1899.
Puchta, Pandekten. 12. Aufl. Leipzig 1877.
Regelsberger, Pandekten. Bd. 1. Göttingen 1893.
Reichsgerichtsräte, Das Bürgerliche Gesetzbuch, erläutert von Reichsgerichtsräten. Bd. 3: Sachenrecht. 6. Aufl. Berlin u. Leipzig 1928.
Rentel, Römisches und gemeines Schatzrecht. Diss. Erlangen 1899.
Riezler, Rechtswirkungen der bigamischen Ehe. In Jherings Jahrbüchern. Bd. 66 S. 401 ff.
Rötger, Allgemeines Repertorium der Gesetzgebung in Mecklenburg-Schwerin. Bd. 2. Güstrow 1825.
Sachsenspiegel, ed. Weiske 7. Aufl. Leipzig 1895.
Schleiß, Das Schatzrecht in rechtsvergleichender Darstellung. Diss. Greifswald 1918.
Schwabenspiegel, ed. v. Laßberg. Tübingen 1840.
Schwach, Beitrag zur Lehre vom Eigentumserwerbe am gefundenen Schatz nach römischem Recht. In Haimerls Vierteljahresschrift. Bd. 12 S. 115 ff. Wien 1863.
Sell, Karl, Römische Lehre der dinglichen oder Sachenrechte. 2. Aufl. Bonn 1852.
Sell, Wilhelm, Versuche im Gebiete des Zivilrechts. 1. Teil. Gießen 1833.

Semeka, Das Wartrecht. Im ArchBürgR. Bd. 35 S. 121 ff.
Siber, Das Buchrechtsgeschäft nach Reichsgrundbuchrecht. Tübingen 1909.
Siméon, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Sachenrecht. Berlin 1929.
Sörgel, Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 2. 5. Aufl. Stuttgart 1931.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3 1. Teil: Sachenrecht. Erläutert von Kober. 9. Aufl. München, Berlin u. Leipzig 1926.
Sternberg, Die Hypothek für eine zukünftige oder bedingte Forderung. In Jherings Jahrbüchern Bd. 62 S. 377 ff.
Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. 2 1. Abt. 3. Aufl. Berlin 1896.
Stricker, Der Rechtsbegriff des Schatzes. Diss. Heidelberg 1908.
Thibaut, System des Pandektenrechts. 9. Ausg. von Buchholz. Jena 1846.
v. Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. München u. Leipzig 1914.
Vogel, Schatzerwerb. Diss. Rostock 1903.
v. Wächter, Das schwebende Eigentum. Leipzig 1871.
Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich Bd. 2, 2. Aufl. Tübingen 1930.
Wendt, Das bedingte Forderungsrecht. Rostock 1873.
Weigelin, Das Recht zur Aufrechnung. Hannover 1904.
Weiß, Der Schatzerwerb nach gemeinem Recht und nach BGB. Diss. Göttingen 1891.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 1. 9. Aufl., besorgt von Kipp. Frankfurt a. M. 1906.
Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 3: Sachenrecht. 9. Aufl. Marburg 1932.
Zitelmann, Internationales Privatrecht. Bd. 2. München u. Leipzig 1912.
— Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung. Leipzig 1879.

Archiv für bürgerliches Recht Bd. 34, 35.
Archiv für die Entscheidungen des preußischen Obertribunals von Striethorst Bd. 57.
Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. 10, 16.
Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 51, 54.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 1.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 56, 64.
Jherings Jahrbücher für die Dogmatik Bd. 3, 45, 61, 62 u. 66.
Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts. Von Johow und Ring. Bd. 24.
Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft. Heidelberg 1853.
Österreichische Vierteljahrsschrift für Rechts- und Staatswissenschaft, hrsg. von F. Haimerl, Bd. 12.
Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte Bd. 51.
Zeitschrift des Deutschen Notarvereins Jahrg. 1907.
Zeitschrift für Handelsrecht, gegr. von Goldschmidt, Bd. 54.

A. Einleitung.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch nimmt das Schatzrecht einen geringen Raum ein. Es befindet sich darüber nur eine Bestimmung im Gesetz, der § 984. Die Vorschrift lautet: „Wird eine Sache, die so lange verborgen gelegen hat, daß der Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist (Schatz), entdeckt und infolge der Entdeckung in Besitz genommen, so wird das Eigentum zur Hälfte vom Entdecker, zur Hälfte von dem Eigentümer der Sache erworben, in welcher der Schatz verborgen war." Auf den ersten Blick erscheint es so, als ob über den Zeitpunkt des Eigentumserwerbes am Schatz kein Zweifel bestehen könnte. Das Gesetz spricht von einer Entdeckung und einer Inbesitznahme infolge der Entdeckung. Man ist nach diesem Wortlaut geneigt anzunehmen, daß der Eigentumserwerb mit Eintritt des zweiten vom Gesetz genannten Erfordernisses, das mit dem ersten durch das koordinierende „und" verbunden ist, erfolgt. Hierüber herrscht aber in der Wissenschaft keine Einigkeit. Neben der Meinung, die den Eigentumserwerb erst mit der Inbesitznahme eintreten läßt, ist auch die vertreten, der Eigentumserwerb erfolge bereits mit der Entdeckung. Außerdem finden sich verschiedene Ansichten, die mit der Entdeckung noch kein volles Recht entstehen lassen, sondern die Inbesitznahme auf verschiedene Weise heranziehen. Bald läßt man mit der Entdeckung eine Anwartschaft entstehen, die durch die Besitzergreifung in das Vollrecht überführt wird. Bald soll der Eigentumserwerb durch die Inbesitznahme bedingt sein oder mit der Entdeckung ein ausschließliches Aneignungsrecht entstehen [1]).

Es soll untersucht werden, welche der genannten Ansichten dem Willen des Gesetzes entspricht und wie die Gesetzesbestimmung konstruktiv aufzufassen ist. Da die Regelung des Schatzerwerbes im BGB. nicht ein bisher gesetzlich nicht festgelegtes Gebiet betrifft, sonden den Abschluß einer langen Entwicklungsreihe bildet, und infolgedessen davon auszugehen ist, daß seine Lösung sich auf die Ergebnisse der Forschung und Rechtsprechung der Vergangenheit gründet, ist zunächst ein kurzer Überblick über die Entwicklung des Schatzrechts überhaupt und den Stand der Lehre vom Schatzerwerbe beim Erlaß des BGB. zu geben. Dazu ist auf die Wurzeln des neueren Rechts, das römische und deutsche Recht vor Erlaß des BGB., zurückzugehen.

---

[1]) Siehe unten S. 15, 17, 20.

B. Überblick über die geschichtliche Entwicklung des Schatzrechtes.

I a) Aus der Zeit der römischen Republik ist eine gesetzliche Bestimmung über den Schatzerwerb nicht bekannt. Jedoch kann man nach dem trinummus des Plautus [2]) (geb. um 245, gest. 184 v. Chr.) und einer Stelle in den Satiren des Horaz (65—68 v. Chr.)[3]) annehmen, daß in jener Zeit der Schatz dem Eigentümer des Grund und Bodens zufiel, in dem er verborgen war [4]). Eine Andeutung, daß ein Schatzrecht in diesem Sinne auch in den römischen Provinzen geherrscht hat, bietet die Bibelstelle Ev. Math. Kap. 13 Vers 44: „Abermal ist gleich das Himmelreich einem verborgenen Schatz im Acker, welchen ein Mensch fand, und verbarg ihn, und ging hin vor Freude über denselben, und verkaufte alles, was er hatte, und kaufte den Acker."

b) In der Kaiserzeit galt bis zum Ende des 1. Jahrhunderts der Grundsatz, daß der Schatz dem Kaiser zustehe (Fiskalitätsprinzip) [5]). Die erste gesetzliche Bestimmung, die uns überliefert ist, stammt von Hadrian (117—138 n. Chr.) [6]). Er hob die Fiskalität auf und führte im Prinzip die Teilung des Schatzes zwischen dem Finder und Grundeigentümer ein. Diese Konstitution Hadrians ist von Justinian auch in das corpus juris aufgenommen worden [7]). Für die spätere Zeit ist ein dauerndes Schwanken zwischen den beiden Extremen strenger Fiskalität und gänzlicher Anteillosigkeit des Staates beim Schatzfund bezeichnend. Eine Änderung erfuhr die Bestimmung des Hadrian schon unter den Kaisern Marcus Aurelius (161—181 n. Chr.) und Lucius Aelius Verus (161—169 n. Chr.), den sogenannten „divi fratres". Sie gaben dem Fiskus auch die Hälfte von Schätzen, die in religiosis locis aut in monumentis gefunden wurden (l. 3 § 10 D. de jure fisci 49, 14) [8]). Der Grundgedanke der Teilung blieb aber erhalten. Er galt bis über die

---

[2]) trinumm. I v. 177 ff. (Wortlaut bei Schwach S. 117 Anm. 9).

[3]) Sat. II. 6 v. 10—13 (Wortlaut bei Schwach S. 117 Anm. 10); Braun S. 19.

[4]) K. Sell S. 84; Schwach S. 118; Weiß S. 49/50.

[5]) Siehe auch Czyhlarz S. 214 Anm. 69; Köchy S. 168; Schwach S. 169; Braun S. 19; Herbig S. 7.

[6]) Siehe auch Schwach S. 118; Köchy S. 171; André S. 8; Braun S. 20; Herbig S. 7; Mansfeld S. 1.

[7]) § 39 J. de rer. div. 2, 1.

[8]) Siehe auch Köchy S. 176; Braun S. 21; André S. 8; Langewort S. 2; Czyhlarz S. 214.

Regierungszeit Caracallas (211—217 n. Chr.) hinaus. Dann trat das Fiskalitätsprinzip wieder mehr in den Vordergrund. Unter welchen Kaisern die Änderung erfolgte, steht nicht fest. Zur Regierungszeit des Alexander Severus (222—235 n. Chr.) mußten wieder alle gefundenen Schätze dem Fiskus angezeigt und ihm überlassen werden. Die folgenden Kaiser sprachen nicht nur alle Schätze dem Fiskus zu, sie verwendeten sogar gegen den Finder die Folter, um den wahren Wert des Schatzes zu erfahren. Eine Änderung trat jedoch unter den Kaisern Carus (282—283 n. Chr.) und Carinus (284 n. Chr.) ein. Sie schafften die Folter ab und überließen den Schatz dem Finder. Aber schon unter dem Nachfolger wurde wieder die Fiskalität und die Folter eingeführt. Erst Konstantin der Große (323—337 n. Chr.) schaffte Wandlung. Er verordnete, daß der Finder die Hälfte des Schatzes erhielt, wenn er freiwillig Anzeige vom Schatz erstattet hatte, andernfalls gab er dem Fiskus den ganzen Schatz, es wurde auch die Folter angewendet [9]). Diese Bestimmung blieb bis zum Jahre 379 in Geltung. Theodosius (379 bis 395 n. Chr.) schaffte die Fiskalität, damit auch die Folter ab. Der Finder erhielt nunmehr den ganzen Schatz, wenn er Grundeigentümer war; fand er auf fremdem Boden, so gehörte dem Grundeigentümer ein Viertel [10]). Die Gesetze der späteren Kaiser haben keinen maßgebenden Einfluß erlangt [11]). Schwach nimmt sogar an, die Bestimmungen des Theodosius hätten sich bis zum Jahre 474 erhalten [12]). Die Entwicklung des römischen Schatzrechts schließt dann ab mit einem Gesetz des Kaisers Leo [13]), das im wesentlichen mit der Vorschrift Hadrians übereinstimmt und mit dieser [14]) und der Konstitution der divi fratres [15]) von Justinian in das corpus juris aufgenommen wurde. Es hat sich nach vielfachem Schwanken also der Gedanke durchgesetzt, dem Fiskus stehe kein Anteil am Schatz zu, dieser gehöre vielmehr dem Entdecker und dem Grundeigentümer.

II a) In der nun folgenden Zeit der Völkerwanderung gestaltete sich das Schatzrecht ziemlich unübersichtlich. Die germanischen Rechte fanden Verbreitung und setzten ihre Rechtsauffassung

---

[9]) Siehe auch Köchy S. 178—184; Schwach S. 121—124; Braun S. 22—23; Langewort S. 2.

[10]) Köchy S. 190; Schwach S. 126; Braun S. 23; André S. 9; Herbig S. 8.

[11]) So André S. 10.

[12]) S. 126.

[13]) c. un. C. de thesauris (10, 15).

[14]) § 39 I de rer. div. 2, 1.

[15]) l. 3 § 10 D. de jure fisci (49, 14).

der des römischen Rechts entgegen. Man nimmt an, daß die Gothenkönige im Weströmischen Reiche das Fiskalitätsprinzip wieder zur Geltung brachten. Das wird gefolgert aus zwei Erlassen Theoderichs des Großen (493—526 n. Chr) [16]). Später kehrte man aber wohl zum Justinianischen Recht zurück [17]). Bezeichnend für die germanischen Rechte ist die Neigung zum Fiskalitäts- oder Regalitätsprinzip. Dieses bildete sich im Laufe des Mittelalters im Schatzrecht immer stärker heraus [18]). So beanspruchten schon die Karolinger jeden gefundenen Schatz für sich [19]), wenn sie auch dem Finder bzw. Grundeigentümer einen geringen Anteil als Gnadengeschenk überließen. Friedrich Barbarossa (1152—1190 n. Chr.) überließ in der constitutio de regalibus dem Finder nur dann die Hälfte des Schatzes, wenn er auf Staatsboden oder an geweihten Orten zufällig gefunden war [20]). Später wurde der Schatz sogar vielfach an die Kirche, ein Kloster für dessen Landgebiet und nach Herausbildung der Landesherrschaft dieser, der Vogtei oder Grundherrschaft überlassen bzw. von diesen in Anspruch genommen [21]). Der Sachsenspiegel steht noch fast völlig auf dem Standpunkt der Regalität (1. Buch 1. Kap. S. 35 § 1) [22]). Allmählich drangen aber die Grundsätze des römischen Rechts vor. So zeigt schon der Schwabenspiegel diesen Einfluß. Er weist den Schatz dem Grundeigentümer zu, der ihn in seinem Boden entdeckt. Dem fremden Entdecker, den er nicht beauftragt hatte zu suchen, muß er ein Viertel geben (Kap. 346/47). Nur bei Schätzen, die auf des Reiches Grund und Boden gefunden sind („auf der vrien strazze"), erhält das Reich drei Viertel und der Finder ein Viertel.

b) Schließlich nahm der größte Teil der Rechtsbücher die römisch-rechtlichen Bestimmungen auf, nach denen dem Grundeigentümer der auf eigenem Boden gefundene Schatz ganz gehört, während der auf fremdem Boden gefundene, falls der Entdecker nicht absichtlich danach gesucht hatte, zur Hälfte dem Entdecker und zur Hälfte dem Eigentümer zusteht [23]). Oft wurde auch ange-

[16]) So Herbig S. 8.
[17]) So Czyhlarz S. 216 Anm. 73.
[18]) Stobbe-Lehmann § 131 Nr. 1; O. v. Gierke § 132 V S. 541; Herbig S. 9; Mansfeld S. 4.
[19]) Herbig S. 9.
[20]) So Köchy S. 264; Mansfeld S. 4.
[21]) Stobbe-Lehmann a. a. O.; O. v. Gierke a. a. O.; Herbig S. 9.
[22]) al schacz, under der erden begraben tiefer den ein Plûg gê, der gehöret zû der kuniglichen Gewalt.
[23]) Siehe auch Stobbe-Lehmann a. a. O.; O. v. Gierke a. a. O. (mit weiteren Literaturangaben in Anm. 88. Er gibt auch an, wo sich die Regalität erhielt, Anm. 86); siehe auch Herbig S. 13 Anm. 49.

ordnet, daß der Finder seinen Schatzfund der Obrigkeit anzuzeigen hatte [24]). Auch die neueren Landesrechte haben die römischrechtlichen Prinzipien aufgenommen [25]).

III. Es bestand somit zur Zeit, als das BGB. geschaffen wurde, im wesentlichen ein Rechtszustand, nach dem der Schatz zwischen dem Entdecker und Grundeigentümer geteilt wurde. Dieser Grundsatz ist dann auch in das BGB. übergegangen.

C. Die Auffassungen über die Rechtsnatur des Schatzerwerbes vor Erlaß des BGB.

Über die rechtliche Konstruktion des Schatzerwerbes und damit über den Zeitpunkt des Eigentumsüberganges waren die Meinungen jedoch geteilt.

I. Eine vielvertretene Lehre, die man als lange Zeit herrschende ansehen kann, sah den Schatzerwerb als Unterart der Okkupation an [26]), ließ den Eigentumsübergang also erst mit der Besitzergreifung durch den Finder eintreten. Der Finder mußte außerdem die Absicht haben, Eigentümer zu werden. Diese Auffassung ist besonders unter den älteren Pandektisten [27]), aber auch später vielfach vertreten [28]). Dagegen ist einzuwenden und auch eingewendet worden, daß in den Quellen beim Schatzerwerbe nicht von „occupare" gesprochen wird, sondern immer die Ausdrücke „invenire" und „reperire" angewendet werden. Diese Bezeichnungen stehen aber dem technischen Ausdruck „occupare" nicht gleich. Folgerichtig durchgeführt müßte diese Theorie auch dazu führen, daß dem Grundeigentümer nur ein obligatorischer Anspruch auf

---

[24]) Gemeines Schatzrecht galt auch in Mecklenburg. Unbefugtes Schatzgraben und Verheimlichung des Schatzes war verboten durch eine Rostocker Verordnung vom 21. 4. 1743 (siehe v. Kamptz § 45 Anm. 4 S. 76). Der Schatzgräber machte sich strafbar nach einem Edikt vom 17. 4. 1768 (siehe Rötger II. S. 18, 28 ff.).

[25]) So das ALR. I 9 Abschn. 3 §§ 74—106; sächsisches BGB. §§ 233 bis 238.

[26]) Sie betrachtet den Schatz als herrenlose Sache (siehe auch Delbrück S. 20).

[27]) Carpzow, Perez, Delbrück, Pufendorf (angegeben bei W. Sell S. 175).

[28]) W. Sell II S. 175; K. Sell, Puchta § 154; Brinz I § 148; Windscheid I § 184; Arndts § 154; Pagenstecher II. Abt. 2. Titel S. 82 will den Schatzfund nach Analogie der Okkupation behandeln, siehe auch Mahnke S. 38 ff.; Herbig S. 38; Gimmerthal S. 71.

seine Schatzhälfte gegen den Finder zusteht. Das würde aber mit den Quellen nicht vereinbar sein [29]).

II. Andere lassen den Eigentumserwerb durch Akzession geschehen [30]). In diesem Falle müßte der Grundeigentümer den Schatz sofort mit dem Eigentum der bergenden Sache erwerben. Außerdem hätte hier der Finder nur einen persönlichen Anspruch gegen den Grundeigentümer erlangt, denn naturgemäß ergreift die accessio den ganzen Schatz. Dadurch gerät diese Auffassung mit den Quellen in Widerspruch.

III. Die sowohl gegen die Okkupationstheorie wie gegen die Akzessionstheorie bestehenden Bedenken führten dazu, daß allmählich eine Meinung entstand und sich schließlich durchsetzte, die den Schatzfund als besondere gesetzliche Erwerbsart des Eigentums ansah, ihn ipso jure eintreten ließ, also einen titulus ex lege annahm [31]). Auch die Rechtsprechung hat für das Recht des Eigentümers so entschieden [32]). Als entscheidenden Augenblick für die Entstehung des Eigentumsrechts beim Schatzfund betrachtete diese Ansicht die Entdeckung [33]). Sie sagte, die Entdeckung der bisher verborgenen Sache sei es, die Belohnung verdiene, denn sie schaffe die Möglichkeit, die Sache der menschlichen Gesellschaft wieder zuzuführen [34]). Deshalb knüpfte diese Lehre den Eigentumserwerb, sowohl des Finders wie des Eigentümers der bergenden Sache [35]) oder doch wenigstens des Finders [36]), an die Entdeckung. Sie konnte das um so eher, als sich im gemeinen Recht eine ganz eigentümliche Auffassung des Begriffes „Finden" (Entdecken) herausgebildet hatte. Man faßte die Entdeckung nicht als rein sinnliche Wahrnehmung einer bisher verborgenen Sache auf, sondern verlangte dazu noch eine gewisse Tätigkeit. Nur den sah man als Finder an, durch dessen Tätigkeit eine Sache den Gütern des Verkehrs

---

[29]) Siehe Dernburg, Pandekten § 169 Nr. 2.

[30]) Köchy S. 206; Thibaut § 600; Dernburg, Pand. I § 169 Nr. 2; siehe auch Herbig S. 54 zu c.

[31]) So Herbig S. 41; Dernburg für den Anteil des Finders a. a. O.; Matthiae S. 31; vgl. auch Dernburg in der Heidelb.Krit.Ztschr. Bd. 1 S. 148; André S. 37; Braun S. 33; Matthiaß § 170 S. 481.

[32]) RGSt. Bd. 1 S. 16 ff. (19).

[33]) Siehe auch Eck S. 62; Windscheid § 184 Anm. 9; Dernburg, Preuß. PrR. I § 233; Heidelb. Krit.Z. 1 S. 148.

[34]) Dernburg a. a. O. der Pand.

[35]) So Matthiae S. 27, 28; Gimmerthal S. 67, 75; Braun S. 33; Herbig S. 41; Koch zu § 82 Anm. 10.

[36]) André S. 21.

wieder eingereiht wurde [37]). Man sagte sich ganz richtig, die Entdeckung müsse irgendwie bekannt werden. Wenn der Entdecker davon keine Mitteilung mache oder die Sache an dem Orte lasse, wo er sie entdeckt hatte, ohne eine Tätigkeit zu entfalten, durch die die Hebung der Sache ermöglicht werde, so habe er eine Belohnung noch nicht verdient. Da aber die in den Quellen für das Finden benutzten Ausdrücke invenire und reperire außer der reinen Tatsache des Findens nicht ohne weiteres eine derartige Tätigkeit in sich schlossen, insbesondere nicht dem occupare gleichzustellen waren [38]), konstruierte man den Begriff des Findens, um dem praktischen Bedürfnisse zu genügen, so, daß man annahm, von einer Entdeckung, an die der Eigentumsübergang beim Schatzfund geknüpft sei, könne erst dann die Rede sein, wenn irgendwie nach außen hin die Möglichkeit gegeben sei, die Sache den Verkehrsgütern wieder zuzuführen.

Diese Auffassung setzte sich auch im preußischen Recht durch. Auch hier sah man für den Schatzeigentumserwerb sowohl des Finders wie des Eigentümers der bergenden Sache in der Entdeckung den ausschlaggebenden Augenblick [39]). Die Rechtsprechung hat sich ebenfalls auf diesen Standpunkt gestellt [40]).

Man betrachtete also die Entdeckung als den eigentlichen Rechtsgrund für den Eigentumserwerb beim Schatzfund. Die Besitzergreifung hielt man mehr für eine natürliche Folge der Entdeckung, eine Verkörperung der durch die Entdeckung geschaffenen Möglichkeit, daß die entdeckte Sache wieder verkehrsfähig wurde. Man meinte, die bereits bestehende rechtliche Herrschaft werde durch den Besitz in keiner Weise beeinflußt, dieser objektiviere nur das Recht, er sei kein juristisch notwendiges Element, sondern nur etwas Akzidentales [41]).

IV. Es kann danach festgestellt werden, daß vor Erlaß des BGB. sich als herrschende Ansicht herausgebildet hatte, die Entdeckung sei das ausschlaggebende Moment für den Eigentumserwerb eines Schatzes. Damit war eine Übereinstimmung mit den Quellen erzielt. Da man sich aber darüber klar war, daß der innere Vorgang der Wahrnehmung allein Rechtsfolgen nicht hervorbrin-

---

[37]) So André S. 22; siehe auch StriethArch. Bd. 57 S. 325; Stobbe-Lehmann § 131 Nr. 2.

[38]) Siehe auch Herbig S. 38 u. 40.

[39]) So Koch zu § 81 Anm. 14; Heydemann S. 17 und Anm. 13; siehe auch Langewort S. 32; Mansfeld S. 29.

[40]) StriethArch. a. a. O.

[41]) So Gimmerthal S. 67, 78.

gen könne, gab man dem Begriff des Entdeckens eine Fassung, die als Erfordernis eine Tätigkeit des Entdeckenden enthielt, durch die seine Wahrnehmung der Umwelt bekannt wurde.

D. Wann tritt der Eigentumserwerb nach dem BGB. ein?

Das BGB. hat seine Bestimmung über den Schatzfund so formuliert, daß der Eigentumserwerb am Schatze eintritt, wenn dieser „entdeckt und infolge der Entdeckung in Besitz genommen" wird. Das Gesetz spricht neben der Entdeckung von einer Besitzergreifung. Die Entdeckung scheint danach nicht ausreichend zum Eigentumserwerbe zu sein. Das ist auch sehr erklärlich, denn es besteht keine Veranlassung, den künstlichen Entdeckungsbegriff, wie er sich im gemeinen Recht aus praktischen Gründen entwickelt hatte, zu übernehmen. Der Begriff war willkürlich erweitert. Es mag bei der Entdeckung zumeist eine Tätigkeit entfaltet werden, z. B. wenn eine Sache in der Erde, in einer anderen Sache oder zwischen zweien verborgen liegt. Wesentlich ist eine Tätigkeit für den Begriff des Entdeckens jedoch nicht [42]), insbesondere nicht eine Tätigkeit von der Art, daß sie das verborgene Gut in den Verkehr bringt. Eine Entdeckung liegt auch bereits vor, wenn ich eine Sache, deren Aufenthaltsort bisher niemand bekannt war, wahrnehme, ohne dabei eine Tätigkeit zu entfalten, z. B. wenn die Sache in ganz abgelegener, unbetretener Gegend oder in einer bisher nicht zugänglichen Schlucht offen zutage liegt, oder wenn sie vielleicht kurz zuvor durch ein Naturereignis freigelegt ist. Selbst wenn ich meine Wahrnehmung für mich behalte, habe ich die Sache dennoch entdeckt.

Wollte das Gesetz an eine so bestimmte Entdeckung die Entstehung des Eigentums knüpfen, so wäre dadurch ein Zustand größter Rechtsunsicherheit geschaffen. Verlangte es zur Rechtsentstehung nichts weiter als die bloße Wahrnehmung des Schatzes, so würde der Entdecker sein Recht schwer beweisen können. Er wäre einem Dritten gegenüber, der sich das Entdeckerrecht anmaßte, in schwieriger Lage, da ihm kein Beweismittel außer der

---

[42]) And. A. Biermann, Kommentar zu § 984 Ziff. 2 a; Kohler II 2 § 73 I S. 193. Auch Peters verlangt eine Tätigkeit (S. 51), gibt aber selbst zu, daß in manchen Fällen Wahrnehmung genüge. Biermann entwickelt seine Ansicht im Anschlusse an die Entscheidung in SeuffArch. 51 Nr. 9 (1895), hält also an der gemeinrechtlichen Auffasung fest.

Eideszuschiebung zur Verfügung stände. Das Gesetz begnügt sich daher auch nicht mit der bloßen Entdeckung. Der gesetzliche Tatbestand führt noch die Besitzergreifung an. Wie bereits oben gesagt, sind die Meinungen darüber, welche Rolle die Besitzergreifung im gesetzlichen Tatbestande spielt, und damit über den Zeitpunkt für die Entstehung des Eigentumsrechts am Schatze geteilt.

I. Viele halten die Besitzergreifung für ein notwendiges Erfordernis des Eigentumserwerbes. Sie lassen diesen nicht ohne die Besitzergreifung und erst mit ihr eintreten. Die Begründung dafür, wie hierbei die Besitzergreifung juristisch zu beurteilen sei, ist verschieden [43]).

a) Vielfach wird eine Begründung überhaupt nicht gegeben, oder nur gesagt, die bloße Entdeckung könne noch keine Rechtsänderung begründen [44]), man müsse fordern, daß die Entdeckung eine äußerlich wahrnehmbare Folge habe [45]). Die Besitzergreifung wird auch zuweilen ganz allgemein als gesetzliches Erfordernis oder als Voraussetzung des Eigentumserwerbes bezeichnet [46]). Wenn hier auch nichts Bestimmtes über die Rechtslage zwischen der Entdeckung und der Besitzergreifung sowie über die rechtliche Qualifikation der Besitzergreifung gesagt ist, so muß man doch annehmen, daß die Genannten in der Besitzergreifung ein Erfordernis des rechtsbegründenden Tatbestandes sehen. Entweder wäre der Tatbestand aus den beiden gleichwertigen juristischen Tatsachen der Entdeckung und der Besitzergreifung zusammengesetzt. Als Schlußfolgerung ergäbe sich daraus, daß die Rechtsfolge erst mit der Erfüllung der zweiten Tatsache eintreten, Eigentum also erst erworben werden kann, nachdem die entdeckte Sache in Besitz genommen ist. Oder die Besitzergreifung wäre als eine sonstige Voraussetzung, von der die Rechtsentstehung abhängig gemacht ist, zu beurteilen. Denn das Recht soll ja erst entstehen, nachdem auch dieses zweite Erfordernis eingetreten ist. Dann muß dieses aber Bestandteil des rechtsbegründenden Tatbestandes sein. Kann das Recht nicht ohne das noch fehlende Tatbestandsstück und auch

---

[43]) So Crome III § 413 II; Siméon § 94 Nr. 6 Anm. 30; Matthiaß § 170 II S. 481; Cosack II 1 § 45 Ziff. 3 b; Peters S. 49; Diederichs S. 63 (er verlangt sogar Besitzergreifung durch den Entdecker); Braun S. 56; Langewort S. 35; Kretzschmar § 43 Nr. 6 (ausdrücklich allerdings nur für den Eigentümer der bergenden Sache); Dernburg, Bürgerl. R. § 117 Nr. 2 und Nr. 4 Anm. 13.

[44]) So Planck zu § 984 Ziff. 2 b.

[45]) So Vogel S. 30.

[46]) So Pappenheim S. 148 Anm. 4; RGRKomm. zu § 984 Nr. 3 u. 4.

zeitlich nicht vor ihm entstehen, so muß dieses rechtsschaffende Wirkung haben.

Diese Auffassung hat für sich, daß der Wortlaut des Gesetzes sehr zu ihren Gunsten spricht. Das Gesetz nennt neben der Entdeckung die Besitzergreifung, verbindet beide Ausdrücke mit dem gleichordnenden „und", und stellt im Nachsatze die Rechtsfolge fest. Auch die Tatsache fällt ins Gewicht, daß das Gesetz für den Eigentumserwerb an beweglichen Sachen regelmäßig eine Verkörperung des Rechtseintrittes in Gestalt des Besitzes verlangt aus dem Bestreben heraus, den Eigentumserwerb nach außen in die Erscheinung treten zu lassen. Gleichwohl möchte ich diese Auslegung nicht als richtig ansehen.

aa) Die Fassung des Gesetzes allein kann nicht ausschlaggebend sein. Es ist vielmehr auch der Wille des Gesetzgebers zu erforschen, der in der Gesetzesvorschrift zum Ausdruck kommen soll. Hierfür bieten die Gesetzesmaterialien Anhaltspunkte.

In den Motiven zum BGB. wird das Recht des Finders ausdrücklich von der Besitzergreifung abhängig gemacht. Die Besitzergreifung wird als Tatbestandsmoment für die Entstehung seines Rechts angesehen und nicht nur Inbesitznahme durch irgendeine Person, sondern sogar durch den Finder selbst verlangt [47]). Der Eigentumserwerb des Eigentümers der bergenden Sache wird als etwas Anormales angesehen, weil er ohne Besitzerwerb erfolge. Aus dieser Fassung läßt sich nicht klar erkennen, ob auch sein Eigentumserwerb erst mit der Besitzergreifung durch den Finder eintreten solle [48]). Soviel läßt sich aber aus der Bemerkung jedenfalls folgern, daß der Besitzergreifung für seinen Erwerb nicht so entscheidende Bedeutung zuerkannt wurde. Aus dem amtlichen Entwurf wird man aber schließen können, daß auch der Eigentumserwerb des Eigentümers der bergenden Sache zeitlich nicht vor der Besitzergreifung durch den Finder eintreten sollte. Der Entwurf erhielt im § 928 folgende Formulierung: Wird eine eingemauerte, vergrabene oder sonst verborgene Sache entdeckt, welche so lange Zeit verborgen war, daß der Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist (Schatz), so geht das Eigentum an derselben mit der Besitzergreifung des Finders je zur einen Hälfte auf den Finder, zur anderen Hälfte auf den Eigentümer der Sache über, in welcher der Schatz verborgen war. Die zweite Kommission scheint trotz der Fassung des Entwurfes im Anschluß an die genannte Bemerkung

---

[47]) Motive III S. 391.
[48]) Motive a. a. O. Nr. 4.

der Motive ohne weiteres davon ausgegangen zu sein, daß für den Eigentumserwerb des Eigentümers der bergenden Sache die Entdeckung bisher für maßgebend gehalten wurde, denn es wird als Grundsatz des Entwurfes bezeichnet, daß der Schatz mit Besitzergreifung des Finders bzw. der Entdeckung zur Hälfte vom Finder, zur Hälfte vom Eigentümer der bergenden Sache erworben werde [49]). Nach dieser Fassung kann man annehmen, daß die Kommission den Entwurf dahin aufgefaßt hat, für das Recht des Finders sei die Besitzergreifung bedeutsam, für das Recht des Eigentümers aber nur die Entdeckung. Jedoch selbst wenn man diese Schlußfolgerung hinsichtlich des Rechts des Eigentümers nicht ziehen will, so ergibt sich aus dem Verlaufe der Beratungen doch, daß nach Ansicht der Kommission auch das Recht des Eigentümers nicht an die Besitzergreifung geknüpft werden sollte, da sogar, wie alsbald zu zeigen, für das Recht des Entdeckers das Erfordernis der Besitzergreifung fallen gelassen ist. Denn, wenn schon für das Recht des Finders, der eigentlichen Hauptperson beim Schatzfunde, der Besitzerwerb nicht mehr für ausschlaggebend erachtet wird, so kann das auch nicht der Fall für das Recht des Eigentümers sein, für dessen Entstehung sicher nicht mehr Erfordernisse zu verlangen sind. Es ist deshalb auch und weil überhaupt kein Anlaß besteht, den Rechtserwerb für die beiden Beteiligten an verschiedene Voraussetzungen zu knüpfen, davon abgesehen, den Rechtserwerb in der Person des Eigentümers der bergenden Sache bei Erörterung der einzelnen Fragen besonders zu behandeln.

Für das Recht des Finders hat sich die Kommission einem Abänderungsvorschlage und einem Unterantrag dazu angeschlossen [50]), der das Recht des Finders an die Entdeckung des Schatzes knüpfen wollte. Unter Verweisung auf das Sächsische BGB. § 241 und die Entscheidung in Striethorsts Archiv Bd. 57 S. 23 wurde hervorgehoben: Es erscheine nach einer im gemeinen Recht verbreiteten Ansicht „innerlich nicht gerechtfertigt", den Eigentumserwerb des Finders davon abhängig zu machen, daß er den Schatz auch wirklich gehoben habe [51]). Der Unterantrag brachte ein-

[49]) Protokolle 3 Nr. 207 S. 273 A.

[50]) Protokolle 3 S. 274 D.

[51]) Protokolle 3 S. 273 X. Antrag 1 verlangt folgende Formulierung: Wird eine Sache entdeckt, die so lange verborgen gelegen hat, daß der Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist (Schatz), so geht mit der Entdeckung das Eigentum an dem Schatz zur einen Hälfte auf den Finder, zur anderen Hälfte auf den Eigentümer der Sache über, in welcher der Schatz verborgen gelegen hat. Der Unterantrag schränkt ein: ... mit derjenigen Entdeckung, auf deren Grund der Schatz in Besitz genommen wird.

schränkend zum Ausdruck, daß der Entdecker nur dann ein Recht am Schatz haben solle, wenn auf Grund seiner Entdeckung der Schatz gehoben wäre. Der Antrag sagt deutlich, daß der Eigentumserwerb bei den Beteiligten schon mit der Entdeckung eintreten solle. Der Unterantrag ändert hieran nur insoweit etwas, als er eine bestimmte Entdeckung auswählen will. Mit der Annahme dieses durch den Unterantrag ergänzten Abänderungsvorschlages hat sich die Kommission ganz der Auffassung angeschlossen, die sich im gemeinen Recht allmählich herausgebildet hatte. Die Entdeckung wird als maßgebendes Moment angesehen, aber nur, wenn sie eine bestimmte Folge hat, nämlich die, daß der Schatz auf Grund der Entdeckung gehoben wird. Der künstliche Entdeckungsbegriff erscheint also wieder, er ist aber in seine Bestandteile zerlegt.

bb) Es zeigt sich deutlich das Bestreben der Kommission, die Regelung für das BGB. ganz im Anschlusse an die bisherige Entwicklung des Schatzrechtes in Schrifttum und Rechtsprechung zu treffen, wie sie oben dargestellt ist [52]).

Danach wird also die Entdeckung als der eigentlich rechtsbegründende Faktor, als das Verdienst angesehen, das belohnt werden soll. Bei der eigenartigen Natur der Entdeckung, die nicht immer nach außen hin in die Erscheinung zu treten braucht und infolgedessen noch nicht so beschaffen ist, daß an sie ohne Bedenken Rechtsfolgen geknüpft werden könnten, soll nur diejenige Entdeckung rechtsbegründend sein, die auch die Veranlassung dazu gewesen ist, daß die entdeckte Sache der menschlichen Gesellschaft wiedergegeben wurde. Hierdurch erscheint in der Besitzergreifung diese Wiedereinreihung in die Verkehrsgüter lediglich verkörpert. Die Besitzergreifung wird nicht als ebenso bedeutsames Erfordernis der Rechtsentstehung angesehen wie die Entdeckung. Nicht erst, nachdem die entdeckte Sache auch in Besitz genommen ist, soll das Recht entstehen, und auch nicht, weil die Sache nach der Entdeckung außerdem noch in den Besitz einer Person gelangt, also ein Gewaltverhältnis über sie begründet ist, sondern die Besitzergreifung hat nur Bedeutung als Folge der Entdeckung. Nicht auf das „und" im Tatbestande ist die Betonung zu legen, sondern auf das „infolge". Wenn das Gesetz der Tatsache der Besitzergreifung selbständige Bedeutung als Tatbestandsmerkmal hätte beilegen wollen, wenn es Wert darauf gelegt hätte, daß auch ein Herrschaftsverhältnis einer Person zu der Sache begründet sein müsse,

---

[52]) Siehe oben S. 6 ff.

bevor es die Rechtsentstehung eintreten lassen wolle, hätte es nicht die unbestimmte passivische Fassung gewählt. Dann lag es näher, das Herrschaftsverhältnis einer bestimmten Person, etwa eines der am Rechtserwerbe Beteiligten, zu verlangen. Denn nur, wenn eine dieser Personen zu der zu erwerbenden Sache in der durch den Besitz geschaffenen rechtlichen und tatsächlichen Beziehung steht, hat die Besitzbegründung für die Entstehung des zu erwerbenden Rechts selbständige Bedeutung. Nur in einem solchen Falle kann man die Besitzergreifung als zweites rechtsbegründendes Tatbestandsstück auffassen, das als Publizitätsmittel des Rechtserwerbes dient. Seinen Zweck erfüllt dieses Publizitätsmittel nur, wenn es auch wirklich den Rechtserwerb des Erwerbenden nach außen kundtut, wenn es zeigt, daß der Erwerbende auch in einer tatsächlichen Beziehung zu der ihm zuzusprechenden Sache steht. Das wird aber nur erreicht, wenn er selbst Besitz ergreift. Hier wird aber an der tatsächlichen Beziehung des Erwerbers zur Sache nichts geändert. Nimmt irgendein Dritter die Sache in Besitz, so wird damit keinem Menschen deutlicher, wer eigentlich das Recht erwirbt. Der Dritte ist es ja gerade nicht. Und die Beziehung der Sache zum Entdecker und Eigentümer der bergenden Sache kann ganz unbekannt sein. Gerade auch die gewählte Ausdrucksweise deutet darauf hin, daß die Besitzergreifung lediglich als Folge der Entdeckung beachtlich sein, der Entdeckung also die Hauptbedeutung zukommen soll. In den Protokollen ist außerdem ausdrücklich gesagt, daß der Entdecker n u r dann ein Recht am Schatz haben soll, wenn auf Grund seiner Entdeckung der Schatz gehoben wird, und nicht etwa, daß das Recht e r s t in diesem Zeitpunkt entstehen solle. Bei dieser Auffassung wird auch die allgemeine Ausdrucksweise verständlich, denn als Wirkung der Entdeckung ist die Besitzergreifung nur insofern von Wichtigkeit, als durch sie offenbart wird, daß die Entdeckung nicht eine bloße Entdeckung geblieben ist, sondern dazu geführt hat, daß die entdeckte Sache in den Verkehr wieder eingereiht wurde. Dafür ist der Besitz das beste Kennzeichen. Hier kommt es auch gar nicht auf die Person an, die Besitz erworben hat. Das Gesetz benutzt den Ausdruck „Besitz“ nur deshalb, weil er das deutlichste und regelmäßige äußere Kennzeichen dafür ist, daß eine Sache sich unter menschlicher Herrschaft befindet. Es ist also nur näher umschrieben, unter welchen Umständen eine Entdeckung die Rechtsentstehung zur Folge haben soll. An die zur Beschreibung der Umstände dienende Tatsache (die Besitzergreifung) selbst soll die Rechtsentstehung nicht in dem Sinne gebunden sein, daß ohne sie noch ein Teil des Ent-

stehungstatbestandes fehlt. Diese Tatsache ist deshalb auch nicht eine Voraussetzung für die Rechtsentstehung, sondern sie dient nur dazu, klarzulegen, daß die allein rechtsbegründende Tatsache (die Entdeckung) Folgen gehabt hat, die so beschaffen waren, daß an die Entdeckung die Entstehung des Rechtes ohne Gefahr für den Rechtsverkehr geknüpft werden kann. Nur eine solche Entdeckung, die die genannte Folge gehabt hat, erzeugt das Recht. Es werden also gewisse Entdeckungen, weil sie bestimmte Wirkungen geäußert haben, dadurch, daß nur an sie die Rechtsfolge geknüpft wird, hervorgehoben. Allein der Umstand, daß sie die verlangte Wirkung gehabt hat, genügt, um eine Entdeckung als rechtserzeugende zu qualifizieren. Die Wirkung selbst (das In-den-Verkehr-kommen = Besitzerwerben) schafft das Recht nicht mit, gehört nicht mehr zum Entstehungstatbestande. Man kann mit Rücksicht darauf, daß es gleichgültig ist, von wem die entdeckte Sache in Besitz genommen wird, und daß die so beschaffene Besitzergreifung nur zur Kennzeichung der eigentumsbegründenden Entdeckung dient, in der Besitzergreifung kein Stück des rechtsbegründenden Tatbestandes erblicken. Diese Annahme ist um so mehr gerechtfertigt, als in diesem Falle eine Übereinstimmung mit der Entstehungsgeschichte der Gesetzesbestimmung erzielt wird. Außerdem bildet die Vorschrift dann den Abschluß in der bisherigen Entwicklung der Frage, ob die Entdeckung oder Besitzergreifung das ausschlaggebende Moment für die Begründung des Eigentums am Schatze ist.

Eine solche Lösung erscheint durchaus vernünftig. Die Besonderheit beim Schatzfund ist gerade, daß eine Sache, die seit langer Zeit verborgen war, von der niemand etwas wußte, wieder aufgefunden wird. Das Finden ist entscheidend, denn dadurch wird die Verborgenheit, das eigentliche Hindernis, das die Sache der menschlichen Herrschaft entzieht, zerstört. Dadurch, daß ein Mensch die verborgene Sache wahrnimmt, ist der Anstoß zur Neuordnung der Rechtsverhältnisse an der Sache gegeben. Es ist nicht von Wichtigkeit, daß er selbst oder ein anderer die Sache sichert, verwahrt oder in Besitz nimmt. Darauf kommt es nicht an, denn beim Schatzfund sind nicht die individuellen Interessen einer bestimmten Person wahrzunehmen, wie etwa beim gewöhnlichen Fund, sondern der Schatzfund hat ein soziales Gepräge, er dient der Allgemeinheit, schafft Vorteile für die Menschheit als solche [53]).

---

[53]) Siehe auch Diederichs S. 66.

b) Einige Schriftsteller, die auch den Eigentumserwerb erst mit der Besitzergreifung eintreten lassen, geben der Rechtslage zwischen der Entdeckung und der Besitzergreifung eine besondere rechtliche Gestaltung. Nach ihrer Ansicht tritt mit der Entdeckung eine gewisse Gebundenheit der Sache ein, die meist als Anwartschaft bezeichnet wird [54]). Die Besitzergreifung wird als sogenannte entscheidende Tatsache angesehen. Es fragt sich, ob damit die rechtliche Beziehung zwischen Entdeckung und Besitzergreifung in einer Weise gewürdigt wird, die dem Willen des Gesetzes entspricht.

aa) Ein juristischer Tatbestand ist meist aus einer Reihe von Tatbestandsstücken zusammengesetzt. Der Wert der einzelnen Bestandteile ist aber ganz verschieden. Er wird nicht nach objektiven Grundsätzen bestimmt, sondern von der Rechtsordnung den einzelnen Teilen zugeschrieben. So braucht an den Eintritt gewisser Tatsachen überhaupt keine rechtliche Wirkung geknüpft zu sein, so daß man in einem solchen Falle lediglich von einer Rechtshoffnung, einer Erwartung sprechen kann [55]). Die Rechtsordnung tritt aber nicht immer erst dann zutage, wenn ein Recht schon völlig entstanden ist, sondern auch schon, wenn sich ein Recht entwickelt [56]). Sie knüpft oft schon an die einzelnen Tatsachen eines sich sukzessiv vollendenden Tatbestandes Rechtswirkung. Die Wirkung verstärkt sich mit jedem neu hinzutretenden Tatbestandsmoment, bis schließlich die Vollendung eintritt. Während der Zwischenzeit ist es ungewiß, ob die Vollendung erfolgen wird. Es entsteht dadurch ein gewisser Schwebezustand. Solche Schwebezustände kommen in verschiedenen Erscheinungsformen vor. Die Wirkung des die Vollendung herbeiführenden Momentes ist verschiedenartig. Ist die Rechtswirkung der Erwerb eines Rechtes, so spricht man von „Anwartschaften" (Anwartschaftsrechten, Wartrechten, Gebundenheiten, schwebenden Rechten, Rechtslagen), insbesondere wenn das noch ausstehende Erfordernis eintritt, ohne daß es noch einer Erwerbshandlung bedarf [57]). Eine solche Anwartschaft liegt immer

---

[54]) So Wolff § 83 III b; J. v. Gierke § 35, 3; Herbig S. 51 Nr. 2; Brieger S. 32; Hennings S. 21; Warneyer zu § 984; hierzu ist wohl auch Staudinger zu § 984 Nr. 3 e zu rechnen, der von einer Erwerbsmöglichkeit spricht. Dieser Ausdruck ist auch in KG. 24 A S. 245 benutzt.

[55]) Siehe auch Crome I § 33 S. 175; v. Tuhr, Allgem. Teil S. 182.

[56]) Schon Fitting spricht von einer „Vorwirkung", siehe Rückziehung S. 21/22.

[57]) So Enneccerus, Lehrbuch I § 75 IV S. 230/31; Rechtsgeschäft S. 601 Beilage 3; Henle § 6 S. 35; v. Tuhr, Allgem. Teil I § 9 S. 180, II 1 § 43 S. 19; Zitelmann, Int. Privatr. Kap. 1 III S. 51; Crome 1 § 33; Wolff § 2 III; Semeka S. 159; Oertmann, Rechtsbedingung S. 124 d.

nur vor, wenn der Erwerb des Rechtes noch nicht stattgefunden hat. Immerhin muß schon ein Ansatz zum Rechtserwerbe gegeben und mindestens ein Hinderungsgrund für die Entstehung des Rechts beseitigt sein. Es macht keinen Unterschied, ob die Tatsachen rechtserzeugende oder sonstige Voraussetzungen der Rechtsentstehung sind. Der Teil der zum Rechtserwerbe erforderlichen Tatsachen, der bereits verwirklicht ist, bietet die Aussicht, daß beim Eintreten der noch fehlenden das Recht erworben werden wird. Je weniger Tatsachen fehlen, je sicherer ihr Eintritt ist, desto stärker wird die Aussicht. Die Anwartschaft bildet also nur die Vorstufe eines in der Entstehung begriffenen Rechts. Ihr Gegenstand können Rechte jeder Art sein. Eine Anwartschaft wäre daher auch beim originären Erwerbe eines Rechts, der beim Schatzfund vorliegt, denkbar. Ob die Anwartschaft selbst als Recht anzusehen ist, kann hier unentschieden bleiben. Die Ansichten hierüber, insbesondere über die erforderlichen Voraussetzungen, sind geteilt. Nach herrschender Ansicht ist die Anwartschaft selbst ein subjektives Recht [58]). Darüber herrscht jedenfalls Einigkeit, — auch wenn man annimmt, daß die Anwartschaft in ihrer Struktur mit der des Vollrechts übereinstimmt — [59]), daß sie selbst noch nicht das Vollrecht noch ein Teil desselben ist, sondern daß aus ihr das Vollrecht erst „entspringt", daß sie sich „zum Eigentum auswächst". Die Rechtsfigur der Anwartschaft ist also nur im Entstehungsstadium eines Rechtes anwendbar. Die entscheidende Tatsache, die die Anwartschaft in das Vollrecht überführt, muß demnach zum rechtserzeugenden Tatbestande gehören, entweder als rechtserzeugende Tatsache oder wenigstens als Voraussetzung für die Rechtsentstehung. Als entscheidende Tatsache beim Schatzerwerbe sehen aber diejenigen, die mit der Entdeckung eine Anwartschaft auf den Eigentumserwerb entstehen lassen, die Besitzergreifung an. Wie oben dargelegt, ist die Inbesitznahme jedoch kein rechtsbegründendes Tatbestandsmerkmal. Rechtsbegründend ist allein eine Entdeckung von bestimmter Beschaffenheit. Demnach kann beim Schatzfunde auch von einer Anwartschaft, bei der der Besitzerwerb die entscheidende Tatsache ist, nicht gesprochen werden.

---

[58]) Staudinger § 161 Anm. 1; Biermann, Lehrbuch § 81 Nr. 3 e S. 299; Henle § 6 S. 35, 36; Cosack § 91 II; Crome I § 35 S. 175; Zitelmann, IntPrivR. II S. 52; Flatau S. 35, 67; Fuchs S. 403; Endemann I § 77 S. 384; Oertmann zu § 161 Nr. 3; Kipp zu Windscheid § 89 Nr. 1; Wolff § 82 VII 3; v. Tuhr, Allgem. Teil S. 182 stellt es auf den Grad der Sicherheit ab. Siehe auch Leonhard S. 141. Etwas anderer Ansicht Brecht S. 275; Planck zu § 973 Bem. 4.

[59]) So Oertmann, Kommentar zu § 161 Ziff. 3 b.

bb) Es wird also auch bei Annahme einer mit der Entdeckung entstehenden Anwartschaft auf den Eigentumserwerb der Inbesitznahme eine Stellung im Tatbestande zugewiesen, die dem Willen des Gesetzes nicht entspricht, das Verhältnis zwischen den beiden gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen nicht richtig gewertet.

c) Kann man die Besitzergreifung vielleicht als Bedingung des Eigentumserwerbes ansehen?

Diese Meinung wird vertreten. Kuhlenbeck läßt das Recht des Entdeckers dadurch „bedingt" sein, daß überhaupt irgend jemand die Sache infolge der Entdeckung in Besitz nimmt. Er spricht von der Entdeckung und der Inbesitznahme als den beiden Voraussetzungen, bei deren Erfüllung sich der Eigentumserwerb sowohl des Entdeckers wie des Eigentümers der bergenden Sache ipso jure vollziehe [60]). Nach der Ansicht von Meisner [61]) erwirbt durch die Entdeckung „der Entdecker und der Eigentümer der Sache, worin sich der Schatz befand, das durch hinzukommendes Besitzergreifen bedingte Eigentum derselben".

Ist der Ausdruck „bedingt" hier nicht im technischen Sinne, also nicht im Hinblick auf die Bedingungslehre gebraucht, so wäre er so aufzufassen, daß er nur dazu dienen soll, in einem Tatbestande die Tatsachen, die nicht zu den eigentlichen Ursachen der Rechtsverwirklichung, sondern nur zu deren Voraussetzungen gehören, von den ersten zu unterscheiden. Kuhlenbeck spricht auch von der Besitzergreifung als Voraussetzung für die Rechtsentstehung. In diesem Falle wäre die Besitzergreifung wieder ein Tatbestandsstück, von dem die Rechtsentstehung zum Teil in dem Sinne abhängig wäre, daß das volle Recht nicht entstehen kann, wenn die Voraussetzung noch fehlt, und nicht entstanden sein kann, bevor die Voraussetzung eingetreten ist. Es wäre ein an der Rechtsentstehung mitschaffendes Tatbestandsstück gegeben. Wie bereits dargelegt, ist die Besitzergreifung aber so nicht zu qualifizieren.

Es bedarf jedoch noch einer Erörterung, wie die Sachlage zu beurteilen ist, wenn der Ausdruck „bedingt" im technischen Sinne aufzufassen wäre. Es könnte sich, da die als Bedingung bezeichnete Tatsache vom Gesetz selbst aufgestellt ist, nur um eine sogenannte Rechtsbedingung (conditio juris) handeln. Zunächst ist eine Abgrenzung dieses Begriffes, der in der verschiedensten Weise aufgefaßt wird, erforderlich. Einerseits wird überhaupt ganz abgelehnt, einen besonderen Begriff der Rechtsbedingung auf-

---

[60]) Kuhlenbeck II § 33 II S. 550.
[61]) Meisner zu § 984 Nr. 2.

zustellen [62]). Andererseits spricht man schon dann von einer Rechtsbedingung, wenn das Gesetz den Eintritt der Rechtswirkung von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängig macht [63]). Eine dritte Ansicht engt den Kreis der Tatbestandsteile ein und sondert von den Entstehungstatsachen eines Rechts solche Erfordernisse ab, die nur die Rechtswirkung betreffen. Sie nennt solche Erfordernisse im Gegensatze zu den Tatbestandsmomenten Wirksamkeitsvoraussetzungen [64]). Oertmann definiert danach die Rechtsbedingung als „nachholbare, aber bei Geschäftsabschluß selbst noch ausstehende Wirksamkeitsvoraussetzung“ [65]). Er hält ihr Anwendungsgebiet aber nicht auf die geschäftliche Entstehung von Rechtsverhältnissen für beschränkt, sondern dehnt es auch auf die gesetzliche Entstehung von Rechtsverhältnissen aus [66]). Endlich wird eine Rechtsbedingung nur dann als vorliegend angesehen, wenn die Parteien die Geltung eines Rechtsgeschäfts von einem Umstande abhängig machen, der in Wirklichkeit schon gesetzliche Voraussetzung des Eintritts oder der Endigung der Rechtswirkungen ist, also nur ein gesetzmäßiges Erfordernis wiederholen [67]). Die Rechtsbedingung ist nach dieser Auffassung ein überflüssiger und rechtlich bedeutungsloser Zusatz zu einem unbedingten Rechtsgeschäft.

Von diesen verschiedenen Auffassungen der Rechtsbedingung kann für die zu untersuchende Frage nur die von Oertmann vertretene Meinung von Bedeutung sein. Die Ansicht, die als Rechtsbedingung lediglich eine Wiederholung von gesetzlichen Erfordernissen durch die Parteien gelten läßt, muß ausscheiden, da der Schatzfund keinen rechtsgeschäftlichen, sondern einen gesetzlichen Eigentumserwerb darstellt. Von den beiden anderen Auffassungen ist die erste als zu weitgehend abzulehnen, da man nach ihr einen Unterschied zwischen gesetzlichen Voraussetzungen einer Rechtswirkung und Rechtsbedingung nicht aufstellen könnte. Der Begriff der Rechtsbedingung hätte in diesem Falle überhaupt keinen

---

[62]) Siehe die Angaben bei Oertmann, Rechtsbedingung S. 11.

[63]) Enneccerus, Suspensivbedingung S. 125—128; Eisele S. 123; dagegen Ohmeyer S. 123 Anm. 16; Siber S. 123, 139; Endemann § 76 Anm. 6; Oertmann, Rechtsbedingung S. 129; Feder will den Begriff nur für Voraussetzungen gelten lassen, denen besondere Wirkung in die Vergangenheit beigelegt ist (§ 15 S. 453).

[64]) Oertmann, Rechtsbedingung S. 4, 14, 20, 29; siehe auch Wendt, Bedingtes Forderungsrecht S. 19.

[65]) a. a. O. S. 28.

[66]) a. a. O. S. 38 Nr. 5.

[67]) So Biermann, Bürgerliches Recht § 85 Nr. 5 S. 311; Henle S. 279 zu b; Windscheid, Pandekten § 87 S. 459; Cosack I § 91 Ziff. 3 b.

Wert. Gegen diese Ansicht wendet auch Wendt mit Recht ein, daß man die Voraussetzungen und rechtlichen Erfordernisse eines Rechtsgeschäfts überhaupt nicht mit der Bedingung zusammenstellen könne. Er weist darauf hin, daß eine Bedingung nur den Inhalt des Geschäftes angehe, daß sie mit dessen Voraussetzungen aber nichts zu tun habe. Ob ein Geschäft zustande gekommen sei oder nicht, sei niemals von einer Bedingung abhängig. Eine solche beziehe sich höchstens auf die Wirksamkeit des Geschäftes [68]). Es kann aber auch zweifelhaft sein, ob man der Ansicht Oertmanns folgen soll [69]), durch die eine Unsicherheit des Begriffs der gesetzlichen Erfordernisse hervorgerufen werden kann.

Aber selbst wenn man der Oertmannschen Konstruktion folgt, wird hier damit nichts gewonnen. Er grenzt die zur Rechtsentstehung notwendigen Erfordernisse von den zur Wirksamkeit des entstandenen Rechts notwendigen ab. Die Besitzergreifung müßte danach als Wirksamkeitsvoraussetzung angesehen werden. Das Eigentum am Schatze müßte also auf Grund eines Tatbestandes entstanden sein, zu dem der Besitzerwerb nicht gehört. Welche Erfordernisse dieser Tatbestand umfaßt, würde nicht erklärt. Aber gerade um die Rechtsentstehung handelt es sich hier. Wie sie vor sich geht, was dazu erforderlich ist und wie die einzelnen Erfordernisse rechtlich aufzufassen sind, insbesondere in welche Beziehung die Besitzergreifung zur Rechtsentstehung zu bringen ist, das soll gefunden werden. Und das ist mit Hilfe des Gesichtspunktes der Bedingung nicht zu erreichen, da er bei der Rechtsentstehung nicht anwendbar ist. Meisner erklärt ausdrücklich, die Entdeckung allein begründe nach § 984 kein Recht, auch kein Vorrecht [70]). Im Widerspruch dazu sagt er dann, durch die Entdeckung erwerbe der Entdecker und der Eigentümer der bergenden Sache das durch hinzukommende Besitzergreifung bedingte Eigentum derselben. Nun würde also doch die Entdeckung das Eigentum begründen, denn das müßte man schon annehmen, da nur noch eine Wirksamkeitsvoraussetzung hinzuzutreten braucht. In Wirklichkeit würde also über die Entstehungserfordernisse des Eigentums nichts gesagt, denn daß Meisner der Ansicht ist, die Entdeckung allein bewirke die Rechtsentstehung, ist nicht anzunehmen. Durch die Verwendung des Gesichtspunktes der Bedingung würde, wo es sich um die Erklärung der Rechtsent-

---

[68]) Wendt, Bedingtes Forderungsrecht S. 18, 19.
[69]) Siehe auch Henle S. 279 Anm. 32.
[70]) Zu § 984 Nr. 2.

stehung handelt, eine Wirksamkeitsvoraussetzung eingeschoben und damit dieser Begriff mit dem der Entstehungsvoraussetzung vermischt, der eine durch den anderen ersetzt. In Wahrheit bliebe eine Lücke. Sieht man die Besitzergreifung als Wirksamkeitsvoraussetzung an, so wird zwar vermieden, sie als rechtserzeugende Tatsache oder als gesetzliche Voraussetzung für die Rechtsentstehung zu werten, die Voraussetzungen der Rechtsentstehung bleiben jedoch im Dunkeln. Das, was eigentlich zu bestimmen war, bleibt unerklärt. Da aber auch, wie oben dargetan, die umfassendere Auffassung des Ausdruckes „Bedingung" als Bezeichnung für die gesetzlichen Voraussetzungen einer Rechtswirkung zu einer Beurteilung der rechtlichen Bedeutung der Besitzergreifung im gesetzlichen Tatbestande des Schatzerwerbes führt, die dem Willen des Gesetzes nicht entspricht, kann der Eigentumserwerb beim Schatzfund auch nicht durch die Besitzergreifung „bedingt" sein.

d) Eine besondere Ansicht, wie der Schatzerwerb aufzufassen sei, vertritt O. v. Gierke. Er ist der Meinung, durch die Entdeckung werde für den Entdecker und den Eigentümer der bergenden Sache ein ausschließliches Aneignungsrecht begründet, dessen Überführung in Eigentum durch die Besitzergreifung vermittelt werde. Nicht nur Besitzergreifung durch die Mitberechtigten, sondern auch durch jeden Dritten schaffe den Mitberechtigten notwendig das Eigentum, selbst wenn der Wille des Dritten nicht dahin gehe. Der Schatzerwerb stelle eine eigentümliche Erwerbsart an einer herrenlosen Sache dar [71]).

An dieser Auffassung ist zunächst schon der Ausgangspunkt nicht zu billigen. Gierke sieht den Schatz als herrenlose Sache an [72]). Dazu ist er auch gezwungen, denn andernfalls würde ein Aneignungsrecht nicht in Frage kommen. Für das römische Recht wurde dieser Standpunkt zwar vielfach vertreten und entsprechend der Schatzfund der Okkupation unterstellt. Diese Ansicht hat sich aber nicht dauernd gehalten. Herrenlosigkeit ist auch nicht ein unbedingt sicheres Merkmal des Schatzes.

Eine Sache ist dann als herrenlos anzusehen, wenn sie entweder noch niemals in jemandes Eigentum gestanden hat, oder wenn das Eigentum an ihr aufgegeben ist. Die erste Alternative trifft für den Schatz niemals zu. Das Gesetz spricht ausdrücklich

---

[71]) O. v. Gierke II § 132 V S. 543.

[72]) André (S. 16) bezeichnet den Schatz als juristisch herrenlos, weil man annehmen müsse, daß die Rechtsbeziehungen einer früheren Generation angehört hätten. Für Herrenlosigkeit auch Kohler § 73 I S. 193 II 1 S. 195; Endemann II § 88 Nr. 3.

von dem Eigentümer der verborgenen Sache. Es muß also immer ein Eigentümer vorhanden gewesen sein. Sachen, bei denen das nicht der Fall ist, unterliegen nach dem BGB. der Aneignung (§ 958 ff. BGB.). Diese Fälle scheiden ohne weiteres aus dem Schatzrecht aus. Der Gesichtspunkt der Dereliktion ist aber im Schatzrecht von einer gewissen Bedeutung. Nach dem Wortlaut des Gesetzes hat es allerdings den Anschein, daß man von einem Schatze nicht sprechen kann, wenn eine Sache derelinquiert sein sollte. Das Gesetz stellt als Erfordernis des Schatzbegriffs auf, der Eigentümer der Sache dürfe nicht zu ermitteln sein. Es müßte demnach feststehen, daß die Sache sich noch im Eigentum irgendeiner Person befindet. Wollte man das aber unbedingt fordern, so entstände eine große Unsicherheit darüber, wann überhaupt ein Schatz vorliegt. Für die Mehrzahl der Fälle kann man wohl davon ausgehen, daß noch Eigentum am Schatze besteht. Eine Sache, die Schatz geworden ist, pflegt nämlich nicht in der Absicht verborgen zu sein, um das Eigentum daran zu verlieren. Im Gegenteil, der Eigentümer will sich das Eigentum möglichst sichern. Er versucht dadurch, daß er die Sache vergräbt oder sonst versteckt, sie in unsicheren Zeiten für sich zu retten. Da bei dem Eigentümer regelmäßig dieser Wille vorliegt, wird vielfach hervorgehoben, der Schatz sei keine herrenlose Sache, der Schatzfund dürfe nicht unter den Gesichtspunkt der Aneignung einer herrenlosen Sache gebracht werden [73]). Es besteht aber sehr leicht die Möglichkeit, daß das Eigentum am Schatze nach dem Verbergen untergegangen ist. Es kann sein, daß der Eigentümer sein Eigentum später aufgegeben hat, sei es, daß er die Stelle nicht wiederfand, wo er die Sache verborgen hatte, sei es, daß er in eine entfernte Gegend verzog oder verschlagen wurde, so daß er darauf verzichtete, die Sache jemals wieder zu heben. Das kann der Fall sein, nur man weiß es nicht. Es bliebe also oft zweifelhaft, ob Herrenlosigkeit des Schatzes vorliegt oder nicht. An solcher Sache könnte weder durch Aneignung noch durch Schatzfund Eigentum erworben werden, denn es läßt sich weder die Herrenlosigkeit erweisen — nur dann könnte Aneignung erfolgen —, noch, daß die Sache sich im Eigentum einer Person befindet — das wäre für den Erwerb als Schatz notwendig. Da auch eine andere Erwerbsart nicht in Frage kommt, könnte die Sache überhaupt nicht zu Eigentum erworben werden. Um diese

[73]) So Planck zu § 984 Nr. 2 b; Dernburg, Bürgerl. Recht § 117 Ziff. 4; Kuhlenbeck § 33 II S. 550; Sörgel § 984 Ziff. 1; Matthiaß § 170 I S. 481; Wolff § 83 Ziff. 1; Hennings S. 7; Schleiß S. 27; Stricker S. 27; Endemann II § 88 Nr. 1.

Folge zu vermeiden und den Eigentumserwerb an solchen Sachen zu ermöglichen, bei denen es ungewiß ist, ob sie noch im Eigentum einer Person stehen oder nicht, muß man meines Erachtens den § 984 BGB. dahin verstehen, daß ein Schatz auch vorliegt, wenn der etwaige Eigentümer nicht zu ermitteln ist [74]). Damit werden auch die genannten Fälle, wenn die weiteren Erfordernisse vorliegen, durch den Schatzfund erfaßt. Das entspricht auch dem Wesen dieses Rechtsinstitutes, das als ein Hilfsmittel dafür anzusehen ist, Sachen, an denen durch die Länge der Zeit die Rechtsverhältnisse ungewiß geworden sind, wieder dem Rechtsverkehr einzufügen. Demnach kann an einer Sache, die dem Schatzrecht unterfällt, vielleicht das Eigentum aufgegeben sein. Die Dereliktion, die andere Alternative der Herrenlosigkeit, steht aber durchaus nicht immer fest. Kann man demnach nicht von der Herrenlosigkeit als Begriffsmerkmal des Schatzes ausgehen, so fällt der Gesichtspunkt des Aneignungsrechts fort.

Es ist auch weiter zu berücksichtigen: bei der Aneignung hat die Besitzergreifung besondere Bedeutung. Es kommt nicht nur darauf an, daß die Sache, an der Eigentum erworben werden soll, überhaupt in Besitz genommen wird, sondern gerade derjenige, der das Recht erwerben will, soll durch seinen Besitzwillen zeigen, daß er das Eigentum erwerben will. So fordert auch das Gesetz im § 958 BGB. Eigenbesitz. Bei der Aneignung dient die Besitzergreifung als Publizitätsmittel; beim Schatzfund ist das nicht der Fall. Hier kann der Besitz durch jeden beliebigen Dritten ergriffen werden. Wenn man weiter auch zugesteht, daß Eigentum für eine bestimmte Person durch einen Dritten begründet werden kann, so muß man doch einen entsprechend beschaffenen Willen des Dritten fordern. Auch das soll aber nach Gierkes Ansicht nicht erforderlich sein. Schließlich würde letzten Endes wieder die Besitzergreifung über die Entstehung des Eigentums in dem Sinne entscheiden, daß erst durch sie das Aneignungsrecht in das Vollrecht überführt wird. Rechtschaffend soll aber die Besitzergreifung bei der Rechtsentstehung nicht sein.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß alle diejenigen, die die Besitzergreifung an der Rechtserzeugung mitwirken und den Eigentumserwerb am Schatze infolgedessen erst mit der Besitzergreifung eintreten lassen, ohne Unterschied, welche rechtliche Beurteilung dabei die Besitzergreifung zu finden hat, dem Sinn und Willen des Gesetzes nicht gerecht werden.

---

[74]) Siehe auch Pappenheim S. 141; Brieger S. 14; Herbig S. 36/37.

II. Eine Gruppe von Schriftstellern verbindet nun aber auch den Rechtserwerb mit der Entdeckung dergestalt, daß sie annehmen, die dingliche Rechtsänderung trete schon in diesem Augenblicke ein [75]). Hier wird also der Entdeckung als der Tatsache, die das eigentliche Verdienst beim Schatzfunde ist, die ihr zukommende Bewertung zuteil. Diese Auffassung geht somit vom richtigen Gesichtspunkt aus, indem sie die Rechtsfolge auch an die eigentlich rechtsbegründende Tatsache knüpft.

Vor der Entdeckung hat auch der Eigentümer der bergenden Sache noch kein Recht am Schatze. Man kann ihm nicht einmal Gewahrsam daran zusprechen, weil von einem tatsächlichen Gewaltverhältnis an einer Sache, von der man nicht einmal weiß, wo sie sich befindet, nicht die Rede sein kann.

a) Es fragt sich, da das Gesetz auch verlangt, daß die Entdeckung eine bestimmte Wirkung äußere, ob dieser Umstand hier die notwendige Berücksichtigung findet und wie er rechtlich aufgefaßt wird.

Biermann scheint den Eigentumserwerb schon aus dem Grunde mit der Entdeckung eintreten zu lassen, weil er nach dem Vorbild des gemeinen Rechts als Entdecker nur denjenigen ansieht, dessen Tätigkeit die unmittelbare Ursache ist, daß der Schatz der Verborgenheit entrückt wird und infolgedessen wieder in den menschlichen Verkehr gelangt [76]). Zum Teil findet sich eine Begründung für die Annahme, daß der Eigentumserwerb schon mit der Entdeckung eintrete, überhaupt nicht. Zum Teil sind nur allgemeine Redewendungen vorhanden. Es wird gesagt, die Besitzergreifung sei von Bedeutung, weil der Schatz erst durch das „Heben" dem Verkehrsleben tatsächlich wieder zugeführt werde. Über den Eigentumserwerb entscheide nur das Entdecken. Es genüge die Tatsache des Auffindens. Mit ihr verbinde sich kraft Rechtsvorschrift der Erwerb des Eigentums [77]), oder, maßgebend sei für die Rechtsentstehung die Entdeckung, „sofern nur auf diese hin die Inbesitznahme durch irgendwen erfolgt sei" [78]). Matthiae a. a. O. formuliert zusammenfassend: Der Erwerb des Schatzes trete auch nach BGB. kraft Gesetzes, und zwar unmittelbar mit der Entdeckung ein, wenn diese die Veranlassung sei, daß der Schatz

---

[75]) So Endemann § 88 Nr. 1, 2, 3; Fischer-Henle § 984 Anm. 5 (ausdrücklich nur für den Eigentümer); Biermann, Kommentar zu § 984 Nr. 2 b; Heilfron § 27 S. 499; Matthiae S. 36.

[76]) a. a. O. Nr. 2 a.

[77]) Endemann a. a. O.

[78]) Heilfron a. a. O.

wieder in den Verkehr komme. Biermann a. a. O. aber nimmt Eigentumserwerb mit der Entdeckung an „unter der Voraussetzung nachfolgenden Besitzerwerbes". Aus diesen Wendungen läßt sich lediglich entnehmen, daß die Entdeckung nur unter bestimmten Umständen eigentumsbegründend sei. Diese Umstände werden irgendwie mit der Inbesitznahme in Verbindung gebracht, ohne daß aber erkennbar wird, in welcher Weise der Zusammenhang rechtlich aufzufassen ist. Die Ausdrücke „wenn" und „sofern" deuten vielleicht auf eine Rechtsbedingung hin, die „Voraussetzung" könnte möglicherweise als gesetzliche Voraussetzung gemeint sein.

Daß die Besitzergreifung als gesetzliche Voraussetzung der Rechtsentstehung nicht anzusehen ist, ist bereits oben dargelegt. Gegen die Annahme einer Rechtsbedingung spricht zwar nicht, daß die der Rechtsbedingung zugeschriebene Wirkung schon auf einen vor dem Eintritt der Rechtsbedingung liegenden Zeitpunkt zurückbezogen wird [79]). Wenn man auch nicht davon ausgehen darf, daß das wesentliche Merkmal der Rechtsbedingung gerade in der Rückwirkung zu finden sei, so wird man doch annehmen können, daß die Rückwirkung hier als zulässig anzusehen ist und sogar eine Vermutung dafür besteht, daß Rückwirkung gewollt sei. Der Gesichtspunkt der Rechtsbedingung ist aber, wie schon oben ausgeführt, auszuschalten, weil er bei der Rechtsentstehung nicht anwendbar ist.

Mit einer ganz eigenartigen Begründung kommen Schleiß und Mansfeld, die auch den Eigentumserwerb mit der Entdeckung eintreten lassen, zu diesem Ergebnis [80]). Sie nehmen zunächst für die Zeit zwischen der Entdeckung und der Besitzergreifung kein definitives Eigentum des Entdeckers an, geben ihm aber, weil nach ihrer Ansicht in dieser Zeit bereits auf Grund der eigentlich rechtsbegründenden Entdeckung eine feste Beziehung zwischen dem Entdecker und der entdeckten Sache entstanden ist, ein Eigentumsanwartschaftsrecht. Nur solche Entdeckung halten sie für rechtserheblich, die nach außen hin in irgendeiner Form „objektiviert" sei. In der Besitzergreifung sehen sie nur das Mittel, „durch das die an die Entdeckung als solche geknüpfte Umgestaltung der rechtlichen Beziehungen nach außen und in einer auch für

---

[79]) Siehe auch Oertmann, Rechtsbedingung S. 3, 11 (Rückziehung, das regelmäßige Kennzeichen der Rechtsbedingung), S. 55, 154 Nr. 2; Feder S. 453, 454 (der sogar in der Rückziehung das wesentliche Merkmal der Rechtsbedingung erblickt); Riezler S. 421.

[80]) Schleiß S. 39; Mansfeld S. 37.

Dritte sinnfälligen Form zum Ausdruck" komme. Mit der Besitzergreifung wird, wie sie meinen, nach außen hin klar, daß das bisherige Eigentumsanwartschaftsrecht in Wahrheit ein definitives Eigentumsrecht im Augenblick der Entdeckung gewesen sei.

Der richtige Gesichtspunkt kommt hier zum Ausdruck. Das Ergebnis ist auch sachlich zu billigen. Der Weg, auf dem diese Lösung zustandekommen soll, ist aber meines Erachtens verfehlt. Die Anwartschaft ist, wie oben dargestellt, eine Rechtsfigur, die den rechtlichen Zustand im Entwicklungsstadium eines Rechts bezeichnet. Das Recht selbst ist noch nicht vollständig entstanden. An seiner Stelle entsteht die Anwartschaft durch die Rechtswirkungen, die der bisher gegebene Tatbestand äußert. Der vorhandene Tatbestand kann das Vollrecht nicht erzeugen. Die entscheidende Tatsache beendet die Anwartschaft und führt sie gleichzeitig in das Vollrecht über. Dieses kann immer nur aus der Anwartschaft erwachsen, immer erst da sein, nachdem die Anwartschaft beendet ist. Da der bisher vorhandene Tatbestand nicht imstande war, das Vollrecht zu schaffen, sondern eben nur die Anwartschaft, so kann sich bei Beendigung der Anwartschaft auch niemals herausstellen, daß sie in Wahrheit ein definitives Eigentumsrecht im Augenblicke der Entdeckung war. Wollte man das annehmen, so müßte man es für möglich halten, daß eine Rechtswirkung vor den sie schaffenden Tatsachen eintreten könne. Hat der vorliegende Tatbestand nur eine Anwartschaft hervorgerufen, so kann er „in Wahrheit" nicht etwas anderes erzeugt haben. Ist nur eine Anwartschaft da, so kann sie nicht in Wirklichkeit das Vollrecht sein. Daß hieße ja geradezu sich selbst widersprechen. Diese Meinung scheint hauptsächlich auf eine Bemerkung Biermanns, der seine Ansicht mit der Martin Wolffs für sachlich übereinstimmend hält, zurückzuführen zu sein [81]).

b) Es ergibt sich, daß die genannten Schriftsteller den Eigentumserwerb wohl an das richtige Tatbestandsmoment knüpfen, aber entweder eine Erklärung dafür, welche Rolle das gesetzliche Tatbestandsmerkmal der Besitzergreifung für den Eigentumserwerb spielt, nicht erkennen lassen oder eine Ansicht vertreten, die sich rechtlich nicht halten läßt.

---

[81]) Siehe Biermann, Kommentar zu § 984 Nr. 2 d a. E.; Schleiß, Mansfeld a. a. O. berufen sich beide auf Biermann und Wolff.

E. Die rechtliche Konstruktion der Gesetzesbestimmung.

Es soll nunmehr versucht werden, eine Lösung für die rechtliche Konstruktion des Eigentumserwerbes beim Schatzfunde zu geben.

I. Auszugehen ist davon, daß der Eigentumserwerb an die Entdeckung als die eigentlich rechtsbegründende Tatsache geknüpft ist. Da aber die Entdeckung ein innerer Vorgang ist, der allerdings unter Umständen mit einer Tätigkeit verbunden sein kann, ohne daß diese Tätigkeit das Entdecken selbst bildet, so kann nicht jede Entdeckung eine geeignete Grundlage für den Eigentumserwerb sein. Das Gesetz trifft daher eine Auswahl und knüpft nur an die Entdeckung den Erwerb, die dazu führt, daß die entdeckte Sache in den Rechtsverkehr wieder einbezogen wird. Diese Einschränkung des Eigentumserwerbes auf bestimmte Fälle bringt das Gesetz dadurch zum Ausdruck, daß es von der Inbesitznahme spricht. Mit der Wendung „und infolge der Entdeckung in den Besitz genommen" (wird), wählt das Gesetz nur eine Ausdrucksform für die Tatsache des „In-den-Verkehr-Gelangens". Die Erwähnung dieser Tatsache hat wiederum lediglich Bedeutung als Bezeichnung der Folge, deren Ursache die zum Eigentumserwerbe führende Entdeckung sein muß. Die Tatsache selbst, in der die Folge zum Ausdruck kommt, soll das Eigentum nicht mitbegründen. Die Anführung der Folge dient nur dazu, um die Entdeckung in ihrer Eigenschaft als Ursache der genannten Folge zu kennzeichnen. Ist die Entdeckung so beschaffen, daß sie die Folge verursacht hat, so begründet sie das Eigentum. Es stellt sich nunmehr heraus, daß eine bestimmte Entdeckung als geeignet zur Eigentumsbegründung anzusehen ist.

Die einzelnen Tatbestandsstücke haben hier eine ganz eigenartige Bedeutung. Das erste ist das eigentlich rechtsbegründende, konstitutive Element. Nach seiner Idee will das Gesetz an dieses die Rechtsfolge knüpfen. Das erwählte Tatbestandsmoment ist aber seiner Natur nach so beschaffen, daß das Gesetz seinem Willen nicht ohne weiteres folgen kann. Die Wesenseigenart der Entdeckung als innerer Vorgang ist hinderlich. Daher will das Gesetz nur an die Entdeckung, bei der das Hindernis fortgefallen ist, die Rechtsfolge binden. Zu zeigen, wann ein solcher Fall gegeben ist, ist Aufgabe des zweiten Tatbestandsstückes. Dieses begründet das Recht nicht mit, ist nicht konstitutiv, aber es ist auch nicht ent-

behrlich. Es ist mit dem ersten zum Tatbesande verbunden und hat für die Entstehung des Rechts auch Bedeutung. Das konstitutive Tatbestandsmoment befindet sich in einer gewissen Abhängigkeit von ihm. Es wird durch das zweite Element als rechtserzeugend qualifiziert. Wenn das zweite auch nicht rechtserzeugend wirkt, so ist es doch rechtsbezeugend. Es stellt fest, ob das erste Tatbestandsstück wirklich rechtserzeugend ist oder nicht. Bis zum Eintritt des zweiten Tatbestandsstückes ist das ungewiß. Man weiß nicht, ob das erste wirklich rechtsbegründende Kraft hat, das stellt sich erst später heraus. Die Aufklärung der Ungewißheit erfolgt durch das zweite Tatbestandsstück. In der Zwischenzeit ist es in der Schwebe, welche von zwei Möglichkeiten zutrifft. Der Schwebezustand wird durch das zweite Tatbestandsstück beendet. Es greift in gewisser Weise in die Vergangenheit zurück, für die es die Rechtslage bestimmt.

II. Es fragt sich, ob man eine solche Sonderung der Tatbestandsteile in konstitutive und nur feststellende für zulässig und den daraus folgenden Schwebezustand, mit dessen Beendigung rückwärts festgestellt wird, ob das Recht mit dem Eintritt des konstitutiven Tatbestandes vorhanden war, für rechtlich möglich halten kann.

Zwei Meinungen stehen sich gegenüber.

a) Die eine wird etwa wie folgt entwickelt: In der Rechtswelt bestehe zwar keine Kausalität, wie sie in der Naturordnung herrsche, wo jede Tatsache eine bestimmte Folge auslöst. Zwischen Tatbestand und Rechtsfolge sei aber eine der natürlichen Kausalität ähnliche Beziehung von Ursache und Wirkung anzunehmen, die rechtliche Kausalität. Sie beruhe auf dem Willen des Gesetzes und müsse in ihrem Ablauf der natürlichen Kausalität entsprechen, da letzten Endes beide auf der Beschaffenheit des menschlichen Denkens beruhten [82]). Wenn auch das Gesetz sich gewisse Tatsachen aussuchen könne, an die es die Rechtsfolge knüpfen wolle, so könne die Rechtsfolge doch nur dann und erst dann eintreten, wenn diese rechtserheblichen Tatsachen vorlägen. Dann trete die Rechtsfolge mit unabänderlicher Notwendigkeit in demselben Moment ein, in dem der Tatbestand vollendet sei. Es sei begrifflich unmöglich, daß die Rechtsfolge eintrete, bevor alle zu ihrer Begründung notwendigen Tatsachen gegeben seien, denn jede einzelne Tatsache sei Mitursache des rechtlichen Erfolges. Hieraus

---

[82]) Siehe auch v. Tuhr, Allgem. Teil II 1 § 43 S. 5—7; Zitelmann, Irrtum S. 202, 206, 208, 221.

folgert die Lehre, es könne einen Schwebezustand in dem Sinne, daß es objektiv ungewiß sei, ob ein Recht oder ein Rechtsverhältnis entstanden sei oder nicht, nicht geben. Der gegenwärtige Rechtszustand sei immer gewiß. Er bestimme sich nach den vorliegenden Tatsachen. Schon aus dem Grunde könne gar nicht ungewiß sein, ob eine Rechtswirkung eingetreten sei oder nicht, weil ein Tatbestand entweder eine bestimmte Rechtsfolge gehabt habe oder die Folge noch nicht habe hervorrufen können [83]). Es sei nur denkbar, daß eine Ungewißheit für die Zukunft bestehe [84]). Nur die Zukunft könne sich verschieden gestalten, je nachdem ein bestimmtes Ereignis eintrete oder nicht. Die Vergangenheit sei immer abgeschlossen, deswegen könne von einer Rückwirkung im wörtlichen Sinne nicht gesprochen werden. Es würde einen logischen Widerspruch bedeuten, wenn man die Folge vor der Ursache eintreten ließe. Rückwirkung in diesem Sinne könne weder vom Gesetz noch von einer sonstigen menschlichen Macht herbeigeführt werden [85]). Wo das Gesetz gleichwohl in gewissen Fällen die Wirkung einer Tatsache in einen vor dem Eintritt der Tatsache liegenden Moment verlege, sei keine Rückwirkung im wörtlichen Sinne gemeint. Die Anordnung des Gesetzes sei nur so zu verstehen, daß von dem Eintritt dieser Tatsache an alles so gehalten werden solle, als ob die Tatsache schon in einem früheren Zeitpunkt eingetreten wäre. In diesem Falle bediene sich das Gesetz also einer Fiktion [86]) [87]). Da der Gesetzgeber hier aus eigener Machtvollkommenheit Recht schaffe entgegen dem wirklichen Tatbestand, bedürfe es für solche Fälle immer einer besonderen gesetzlichen Anordnung.

Da bei Schatzfund eine ausdrückliche Anordnung, daß der Eigentumserwerb schon mit der Entdeckung eintreten solle, nicht getroffen ist, wäre nach dieser Theorie schon aus diesem Grunde

---

[83]) Siehe Hellwig, Rückwirkung S. 6.

[84]) Bierling nennt diese Rückwirkung mit Recht nur eine eigenartige Wirkung in die Zukunft (S. 238); siehe auch Weigelin S. 14.

[85]) Siehe auch Becker S. 319 und Weigelin S. 13.

[86]) So Oertmann, Rechtsbed. S. 113; Hellwig, Rechtskraft § 16, Rückwirkung § 2 S. 5 ff.; v. Tuhr S. 22, 24; Sternberg S. 445; Hellmann § 14 S. 57; Mayer S. 524; Weigelin S. 13 ff.; Bernhöft S. 4; Kipp bei Windscheid § 349 zu 1; Regelsberger § 118 VI; Bekker §§ 114 Beilage 1, 115 Note 1. Siehe auch Genzmer, der die Fiktionstheorie der Sache nach für annehmbar erklärt, aber zugesteht, daß auch nach seiner „fiktionsfreien" Auffassung ein hypothetisches Moment übrigbleibe.

[87]) Bernhöft (§ 1 S. 3) gibt eine zutreffende Definition für die Fiktion.

die Datierung des Eigentumserwerbes auf den Zeitpunkt der Entdeckung nicht zu stützen. Es kommt hinzu, daß hier nicht Ungewißheit über die zukünftige Gestaltung der Rechtslage herrscht. Es ist hier nicht unklar, was werden wird, je nachdem, ob das entscheidende Ereignis eintreten wird oder nicht, mit der Maßgabe, daß die eine oder andere Wirkung auf einen früheren Zeitpunkt zurückbezogen wird, sondern unbestimmt ist gerade die Rechtslage vor Eintritt des entscheidenden Ereignisses. Dieser Fall wird von der genannten Auffassung der Rückwirkung nicht betroffen. Wäre nur diese Auffassung der Rückwirkung möglich, so könnte beim Schatzfund der Eigentumserwerb nach der Fassung der gesetzlichen Vorschrift nicht im Zeitpunkt der Entdeckung eintreten.

b) Es ist aber fraglich, ob die Rückwirkung notwendig auf einer Fiktion beruhen muß, nur mit Hilfe einer Fiktion erklärt werden kann. Der Fiktionstheorie ist ohne weiteres zuzugeben, daß keine Rechtsordnung den Tatsachenverlauf, wie er wirklich geschehen ist, nachträglich wieder aufzuheben vermag. Ist einmal eine Tatsache eingetreten, sei es eine natürliche oder juristische, so kann dieses Ereignis nicht wieder aus der Welt geschafft werden. Auf das natürliche Geschehen ist die Rechtsordnung ohne Einfluß.

Es ist aber durchaus nicht sicher, ob das Kausalitätsgesetz auf die Rechtswelt in der Weise anzuwenden ist, wie es nach der Fiktionstheorie geschehen soll. Zitelmann meint, wir denken uns die Rechte als entstehend, vergehend und sich verändernd wie natürliche Körper [88]). Wenn man auch auf diese bildhafte Ausdrucksweise für das Geschehen in der Rechtswelt nichts einwendet, so muß doch beachtet werden, daß wir es uns doch nur so d e n k e n. Damit steht aber noch keineswegs fest, ob der Vorgang wirklich so ist. Wir könnten ihn auch anders denken. Es ist richtig, daß jede natürliche Tatsache eine natürliche Wirkung hat. Rechte aber sind Gedankendinge, die nicht nach einem natürlichen, sondern nach einem erdachten Gesetze entstehen, vergehen und sich verändern. Das erdachte Gesetz kann aber in der von ihm geordneten Welt die von ihm bestimmten, erschaffenen Wirkungen eintreten lassen nach Grundsätzen, die es selbst aufstellt. Diese Grundsätze müssen nur vernünftig sein, den menschlichen Denkgesetzen nicht widersprechen. Das Verhältnis zwischen Tatbestand und Rechtswirkung ist danach in erster Linie durch die Logik bestimmt. Das Gesetz normiert in einem Rechtssatze einen bestimmten abstrakten Tat-

---

[88]) Zitelmann, Irrtum S. 202.

bestand. Fällt ein konkreter Tatbestand unter diesen abstrakten, so tritt die Rechtsfolge auf Grund eines logischen Schlusses ein. Das ist ein reiner Denkprozeß, Veränderungen in der Wirklichkeit treten dabei nicht ein [89]). Es läßt sich nicht bestreiten, daß sich hinsichtlich eines tatsächlichen Zustandes oder tatsächlichen Geschehens eine objektive Ungewißheit nicht denken läßt, höchstens eine Unwissenheit. Tatsachen sind immer gewiß. Entweder sind sie vorhanden, oder sie sind nicht vorhanden. Entweder ist also die Wirkung eingetreten, oder sie ist ausgeblieben. Insoweit hat die Kausalität auch für die Rechtswelt Bedeutung. Dasselbe läßt sich aber von einem rechtlichen Zustand, einem rechtlichen Verhältnis nicht sagen. Wann ein rechtlicher Zustand vorhanden sein, ein Rechtsverhältnis da sein soll, bestimmt das Gesetz nach seinem Willen. Daher hat nicht jede Tatsache eine rechtliche Wirkung. Das Gesetz sucht sich die Tatsachen aus, an die es die Rechtsfolgen knüpfen will. Die Rechtsfolge entspringt der Tatsache nicht automatisch, sondern nur, weil und wenn es das Gesetz bestimmt. Es braucht die Rechtsfolge auch nicht sofort mit dem Eintritt der Tatsache entstehen zu lassen. Die rechtliche Subsumtion kann jederzeit geschehen. Es ist infolgedessen sehr wohl denkbar, daß die rechtliche Beschaffenheit eines Zustandes ungewiß ist. Daraus ergibt sich die Möglichkeit, daß es in der Schwebe sein kann, ob ein Recht entstanden ist oder nicht. Ist die Tatsache, an die das Gesetz nach seiner Zweckbestimmung die Rechtsfolge zu knüpfen beabsichtigt, ihrer Natur nach so beschaffen, daß das Gesetz an sie nicht auf jeden Fall die Rechtsfolge knüpfen möchte, sondern nur unter bestimmten vorläufig ungewissen Umständen, so besteht, solange diese Umstände nicht eingetreten sind, eine Ungewißheit, ob die begründende Tatsache das Recht erzeugt hat oder nicht. Die Teile eines Tatbestandes können danach eine verschiedene Bedeutung haben. Neben den eigentlich rechtsbegründenden Tatbestandsmomenten kann es solche geben, die die Rechtswirkung nicht mitschaffen, sondern die nur zur Aufklärung dienen, ob jene Tatsachen die Rechtswirkung auch wirklich begründet haben oder nicht. Bis zu ihrem Eintritt bleibt es unbestimmt, ob das Recht entstanden ist oder nicht. Je nachdem die Zukunft ausfallen wird, will das Recht die konstitutive Tatsache im einen oder anderen Sinne qualifiziert haben. Mit dem Eintritt der deklarativen Tatsache wird die wahre, rechtliche Natur des Zustandes offenbar [90]), die bis zu diesem

[89]) Siehe auch Binder S. 117, 135; Kapler § 7; Philipsborn S. 12.

[90]) So Fitting, Rückziehung S. 6; Karlowa S. 12; Dernburg, Pandekten I § 70 S. 140; Enneccerus, Allgem. Teil § 75 S. 228, Rechtsgeschäft

Moment bestehende Ungewißheit, Unbestimmtheit behoben und die Rechtslage klar. Erkennt man der entscheidenden Tatsache solche feststellende Bedeutung zu, so bedarf es keiner Fiktion für den Begriff der Rückwirkung. Dann braucht nicht der Kunstgriff angewendet zu werden, sich vorzustellen, daß eine später eingetretene Tatsache bereits früher dagewesen sei. Der Tatsachenablauf bleibt unberührt. Aber die eingetretene rechtliche Wirkung liegt nicht mit in der späteren Tatsache begründet, sondern allein in den von vornherein gesetzten Vorgängen. Die entscheidende Tatsache hat nur dadurch Beziehung zu diesen Vorgängen, daß sie zeigt, welche rechtliche Beurteilung ihnen zukommt. Es handelt sich also in solchen Fällen um einen Schwebezustand (Pendenz) [91]) des Rechtes selbst, der durch die deklarative Tatsache rückwärts seine Auflösung findet.

Es mag sein, daß diese Pendenz keine dem geltenden Rechte geläufige Erscheinung ist [92]). Sie wird auch in vielen Fällen durch die Annahme einer Anwartschaft ersetzt werden können. Jedoch ist damit nicht gesagt, daß eine Gesetzesvorschrift nicht in dieser Weise aufzufassen ist [93]). So wird auch von Oertmann nicht bestritten, daß es auch echte Pendenzverhältnisse geben kann. Er hält das besonders in dem Falle für möglich, wenn die Entscheidung zwischen mehreren Alternativen schwankt und für das Gesetz kein Anlaß besteht, sich für eine davon zu entscheiden [94]), besonders bei Neuzuweisungen von Rechten (Fruchterwerb, Schatzerwerb). Die Bestimmung des § 984 faßt er aber nicht so auf [95]). Er nimmt gleichwertige Tatbestandsmomente an. Oertmann weist auch darauf hin, daß eine logische Unmöglichkeit nicht vorliege, da das Gesetz die Rechtsfolgen beliebig gestalten und daher auch einen Zustand rechtlicher Ungewißheit herstellen könne, der nachträglich verschieden zu beurteilen sei, je nachdem ein Ereignis eingetreten sei oder nicht [96]).

S. 233, 235 (seine Ansicht ist aber durch seine Theorie von der Simultanität der Geschäftswirkung beeinflußt); Philipsborn S. 11, 14 b; Güthe S. 90, 91; Kapler § 4 S. 29; Wendt S. 21/22.

[91]) Echte Pendenz im Sinne von Enneccerus.

[92]) So Oertmann, Rechtsbedingung S. 19.

[93]) Dem römischen Recht ist die Konstruktion durchaus bekannt (siehe z. B. l. 43 § 2 D. 41, 1); siehe auch Wächter S. 5; Mitteis S. 254; Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 232.

[94]) So Oertmann, Rechtsbedingung S. 20 Anm. 1; siehe auch Mitteis S. 254.

[95]) a. a. O. S. 66.

[96]) v. Tuhr, Allgem. Teil II 1 S. 24; siehe auch Hellwig S. 8.

Da es sich gar nicht um eine regelwidrige Behandlung rechtlicher Vorgänge handelt, bedarf es auch keiner besonderen gesetzlichen Anordnung, wann eine Rückbeziehung in diesem Sinne geschehen soll. Es ist lediglich von Fall zu Fall nach Sinn und Zweck des Gesetzes festzustellen, ob ein Tatbestand in dieser Weise aufzufassen ist. Das ist aber hier der Fall.

III. Das Gesetz will die durch die Wiederauffindung einer bisher verborgenen Sache auftauchende Frage nach der Neuordnung der Rechtsverhältnisse an der Sache lösen. Als ausschlaggebendes Ereignis seines Eingreifens muß man die Entdeckung ansehen. Sie ist, wie man auch allgemein zugibt, die Tatsache, die nach der Idee des Gesetzes Belohnung verdient. Man muß annehmen, daß das Gesetz nach seiner Tendenz, an die Tatsache, die eigentlich rechtsbegründend ist, die Rechtsfolge zu knüpfen, auch hier dieses Ziel erreichen will. Die eigenartige Natur der Entdeckung ist dabei aber hinderlich. Da das Gesetz nur den Zweck verfolgt, eine Tat zu belohnen, die der menschlichen Gesellschaft ein Gut wieder zuführt, hat es nur Interesse, die Rechtsverhältnisse an einer auch wirklich in den Verkehr gelangten Sache zu ordnen. Die Entdeckung allein bringt die Sache aber nicht in den Verkehr. Es ist zur Zeit der Entdeckung deshalb noch ungewiß, ob ein Fall vorliegt, der den Eigentumserwerb verdient. Die Möglichkeit besteht, es kann aber auch anders sein. Das Gesetz hilft sich hier einfach dadurch, daß es das Recht nur entstehen läßt für den Fall, daß sich die tatsächliche Lage in einer bestimmten Weise gestaltet, und zwar in einer Weise, daß es gerechtfertigt ist, an eine bestimmte Entdeckung den Eigentumserwerb zu knüpfen. Diese Entdeckung hat daher (nach dem Willen des Gesetzes) das Eigentum begründet. Mit dem Wortlaut des Gesetzes steht diese Auffassung nicht im Widerspruch. Es sagt nicht ausdrücklich, daß der Rechtserwerb erst mit der Inbesitznahme eintreten solle. Das „und" des Tatbestandes verlangt auch nicht unbedingt den Schluß, in dem noch fehlenden Tatbestandsstück ein gleichwertiges rechtserzeugendes Tatbestandselement zu erblicken. Es kann mit gleicher Berechtigung so aufgefaßt werden, daß es nur zur Anknüpfung der eine bestimmte Entdeckung als rechtsbegründend qualifizierenden Folge dient. Ganz abgesehen davon, daß in diesem Falle eine der geschichtlichen Entwicklung der Frage und der Entstehungsgeschichte der Gesetzesbestimmung entsprechende Lösung erzielt wird, die einerseits die Notwendigkeit nicht unbeachtet läßt, die Entdeckung nur dann als rechtlich erheblich anzusehen, wenn sie auch nach außen in die Erscheinung tritt, andererseits aber auch gleichzeitig dem eigentlich rechtsbegründenden

Moment dadurch die gebührende Würdigung zuteil werden läßt, daß es mit ihm die Rechtsfolge verknüpft.

Das Ergebnis kann dahingehend formuliert werden: Der Eigentumserwerb beim Schatzfund des BGB. tritt mit der Entdeckung ein, die zur Inbesitznahme der entdeckten Sache führt.

Großbetrieb für Dissertationsdruck Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Am 23. April 1903 wurde ich in Stendal als Sohn des damaligen Volksschullehrers Bruno Schmücker geboren. Vom Jahre 1910 bis 1913 besuchte ich die Vorschule und anschließend das humanistische Gymnasium zu Stendal. Ostern 1922 bestand ich die Reifeprüfung. Ich erlernte darauf das Bankfach bei der Kommerz- und Privatbank in Stendal und war im Jahre 1924 ein Vierteljahr lang bei derselben Bank in Berlin als Beamter tätig. Im Wintersemester 1924 begann ich mit dem Studium der Rechtswissenschaft. Ich besuchte die Universitäten Berlin, Rostock und Göttingen. Im Oktober 1928 bestand ich das Referendarexamen bei dem Oberlandesgericht in Celle. Meine Ausbildung als Referendar dauerte von August 1929 bis August 1932, und am 28. April 1933 bestand ich die große Staatsprüfung.